EDIÇÃO 13 AGO/2022 - SET/2022
ISSN 2675-9403

TJPR

GRALHAAZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR

EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

TJPR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ

EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

GRALHAAZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR

2022/Curitiba

Editor-Chefe

José Laurindo de Souza Netto

Conselho Editorial

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Juiz de Direito em 2º Grau Anderson Ricardo Fogaça

Juiz de Direito em 2º Grau Ruy Alves Henriques Filho

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação

Adriane Garcel

Supervisão Editorial

Karen Paiva Hippertt

Gustavo Calixto Guilherme

Revisão

Letícia de Andrade Porto

Flávia Jeane Ferrari

Editoração e Layout

Lucas Ashikaga Bernini

Luiz Fernando Patitucci

Revista Gralha Azul: Periódico Cientifico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, e. 13. v.1, n. 13, Curitiba, ago-2022/set-2022.

Bimestral

ISSN 2675-9403

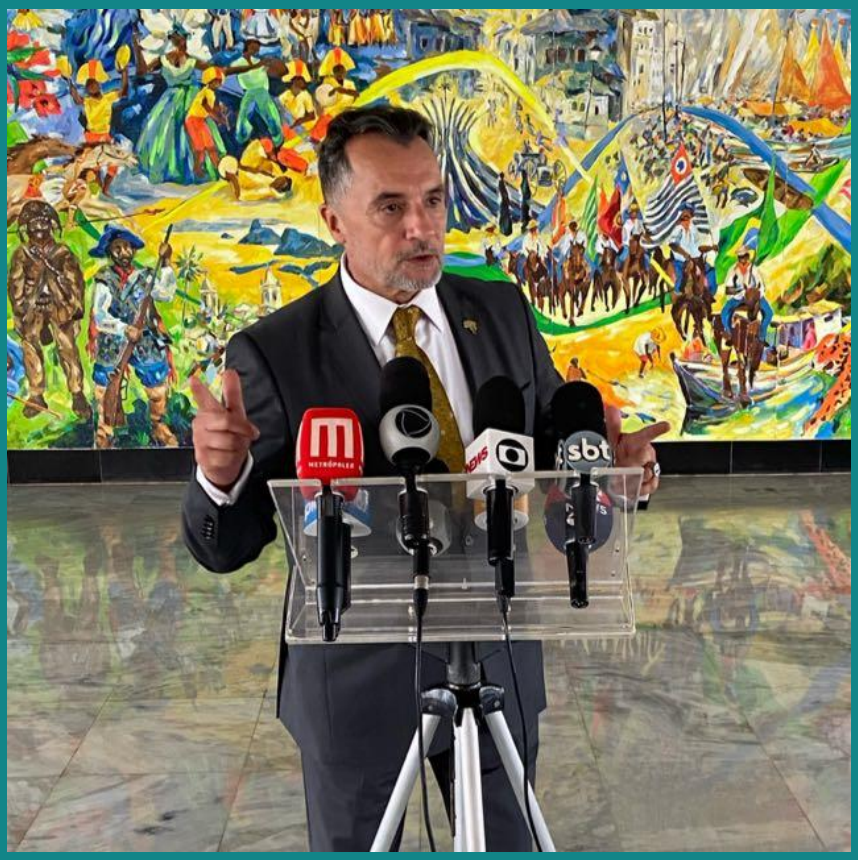
Disponível em: www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná. **CDU: 340**

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

EDITORIAL



Caríssimos leitores,

É com imensa satisfação que lançamos a 13ª edição da Revista Gralha Azul, o periódico científico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A 13ª edição da Revista Gralha Azul, em formato especial, apresenta artigos de renomados autores nacionais e internacionais, juristas, professores, pesquisadores e inaugura o 2º Congresso Internacional de Direito Constitucional Processual, realizado pelo Instituto Paranaense de Direito Processual – IPDP.

Primeiramente gostaria de destacar o magnífico trabalho que vem sendo realizado pelo Instituto Paranaense de Direito Processual, no aprimoramento e ensino do direito processual, no intercâmbio com instituições nacionais e internacionais que possibilitam a disseminação do conhecimento em escala global.

Sempre digo que o conhecimento, a educação e a capacitação são os maiores instrumentos de transformação do ser humano. São as chaves para o progresso da humanidade.

Nessa perspectiva, a gestão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná do biênio 2021/2022 é baseada em cinco princípios basilares: a valorização do ser humano, a eficiência, a capacitação, o uso racional de recursos e a aproximação do Poder Judiciário da sociedade. Todas as atividades vêm sendo realizadas por meio do diálogo e da gestão colaborativa. O conhecimento é fundamental e através da gestão voltada ao ser humano é que podemos fazer o uso produtivo do conhecimento, é a gestão com fim social.

EDITORIAL

Na seara do Direito, a produção científica é de extrema relevância. A leitura nos proporciona a reflexão do cenário atual, o debate de temas polêmicos e uma diversidade enriquecedora de opiniões para que possamos planejar e compartilhar objetivos comuns em busca de uma sociedade livre, justa e solidária.

Esta edição foi idealizada em homenagem ao Professor Doutor Desembargador José Manoel de Arruda Alvim Netto, um jurista brilhante e, antes de tudo, um grande ser humano, que tanto contribuiu para o Direito e para a sociedade.

Os artigos selecionados trazem importantes reflexões sobre o Direito Constitucional, a utilização de novas tecnologias, a eficácia das decisões judiciais, neoconstitucionalismo e a expansão da jurisdição constitucional, o devido processo legal, equidade, defesa do meio ambiente, casos nacionais e internacionais, entre outros temas de profunda relevância.

Desejo uma ótima leitura!

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Editor-Chefe da Revista Gralha Azul

Com grande satisfação apresentamos a 13ª Edição da Revista Gralha Azul, periódico jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

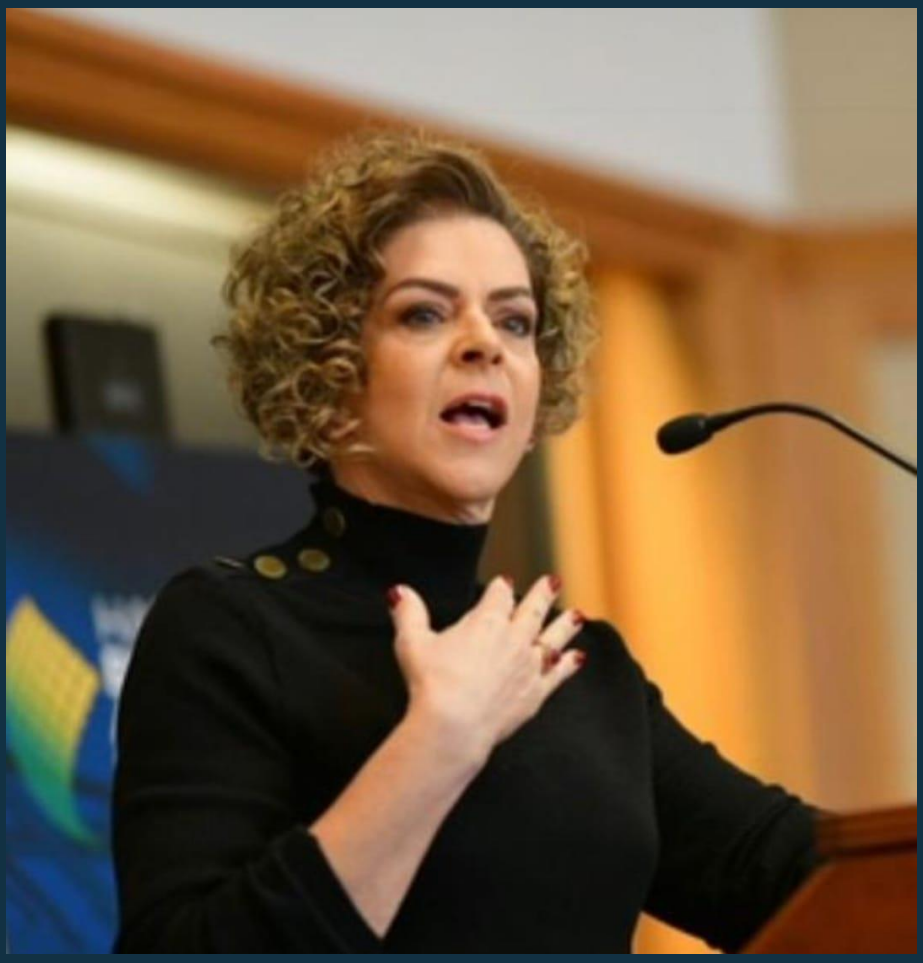
Nesta edição trazemos as homenagens ao jurista José Manoel de Arruda Alvim, por toda sua contribuição acadêmica e jurisprudencial, publicada no CONJUR em 1 de setembro de 2021.

A revista nos contempla com 30 trabalhos jurídicos científicos dos mais diversos temas, produzidos por membros da cátedra, nacional e internacional, oriundas da advocacia, da magistratura e do ministério público. Impossível descrever a qualidade de cada um dos trabalhos sem cometer alguma injustiça, ante o brilhantismo com o qual foram produzidos. Desde modo, convido a todos a apreciarem com deleite a Revista Gralha Azul em sua edição especial que neste momento já pode ser acessada pelos nobres leitores.

Uma ótima e profícua Leitura!

Ramon de Medeiros Nogueira
Diretor Geral da Escola Judiciária do Paraná – EJUD

PREFÁCIO



Teresa Celina de Arruda Alvim[1]

Por meio de mais um ato de generosidade, que caracteriza a sua conduta desde sempre, o desembargador Fagundes Cunha me convidou para escrever algumas poucas palavras como introdução a essa Edição Especial da Revista Gralha Azul da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em homenagem ao Prof. Dr. Desembargador Arruda Alvim.

A gratidão é dupla, porque se trata da revista da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de um estado pelo qual tenho imenso respeito e afeição, pois foi o Estado que me "adotou", há mais de duas décadas. A Edição Especial foi organizada pelo desembargador Fagundes Cunha em homenagem ao meu pai, que faleceu em setembro de 2021. Meu pai nutria pelo Cunha uma afeição filial. Sempre se referia aos trabalhos dele, feitos durante o curso de mestrado na PUC de São Paulo, como obras primas.

E o tempo foi passando, e a vida, naturalmente, como sempre ocorre, acabou afastando os dois fisicamente. Mas ambos sempre nutriram um pelo outro admiração e carinho.

Dá-me muita Alegria participar de qualquer tipo de homenagem que se presta ao meu pai porque acompanhei a sua vida de perto, como jurista e como professor. Posso testemunhar, embora sem a neutralidade necessária, que o professor Arruda Alvim era uma pessoa bastante especial. E que o que mais o fazia especial era a sua capacidade de transformar seus alunos em amigos, abrindo a porta de sua casa, de sua biblioteca, e estando sempre disposto a trocar Ideias, indicar bibliografia para os temas estudados pelo aluno, enfim, fazê-lo se sentir intelectualmente "aconchegado" e seguro,

[1] Possui graduação (1980), mestrado (1985), doutorado (1990) e livre docência (2004) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É Professora Associada da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e sócia do escritório Arruda Alvim, Aragão, Lins e Sato - Advogados.

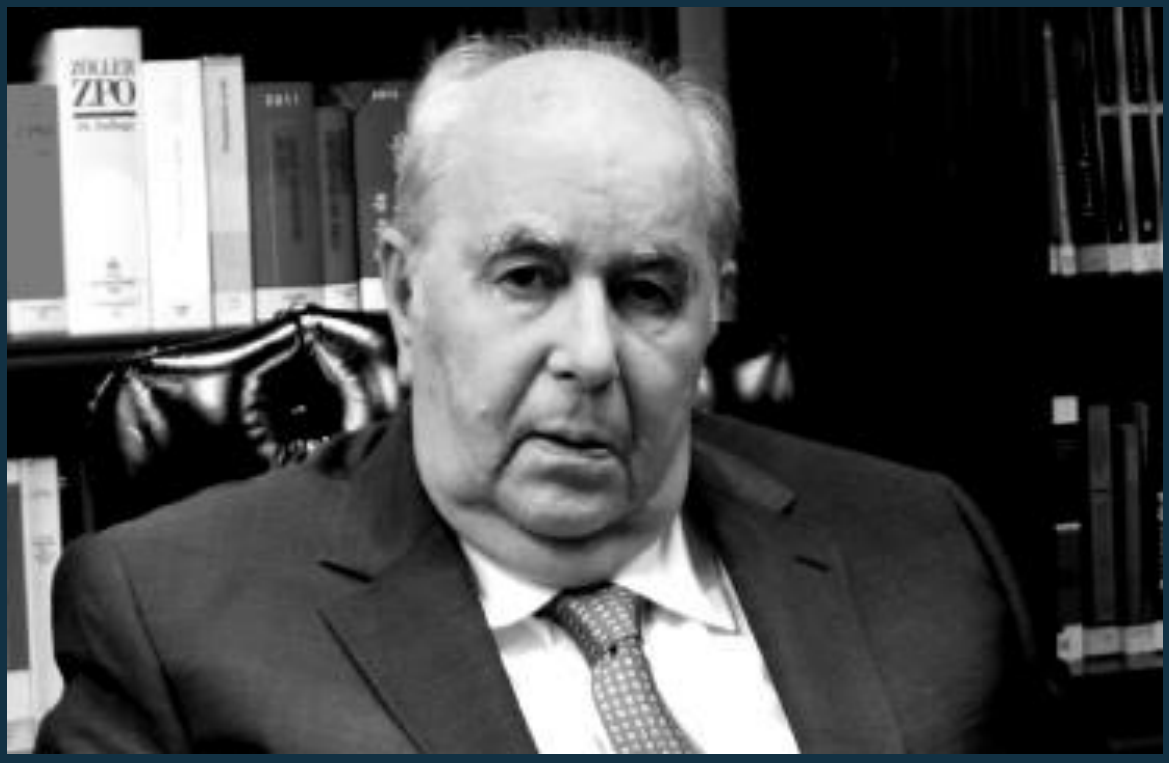
principalmente quando se tratava de alunos que vinham de fora da cidade, de outros estados. Por isso, fez amigos queridos em Fortaleza, em Minas, no Paraná... em todos os estados representados no nosso curso de pós-graduação estrito senso.

Embora sendo um jurista de perfil dogmático, sempre foi de uma lucidez incomparável, nunca deixou de acompanhar as novidades, que inseridas no direito posto, como consequência inexorável das necessidades sociais. Estudou processos estruturais, desjudicialização da execução, modulação... etc.

Pouco antes de morrer, montou um grupo de ex-alunos para ajudá-lo a atualizar os seus primeiros trabalhos, obras profundas e abrangentes, de 1972.

Morreu em plena atividade intelectual e ainda, o que é ao mesmo tempo triste e lindo, sonhando e projetando muitos planos.

Então essas primeiras palavras são de agradecimento a esse meu amigo tão querido, pessoa de alma generosa, de grande iniciativa, que positivamente foge aos padrões do homem comum: agradecimento por me proporcionar mais uma oportunidade de dizer algumas palavras sobre meu pai, e de fazer com que, assim, as pessoas sintam a sua presença, e, de certo modo, ele fique realmente - e me perdoem o lugar comum - eternizado em nossas memórias e em nossos corações.



José Manoel de Arruda Alvim

"José Manoel de Arruda Alvim foi, antes de tudo, um doce ser humano, amigo leal, de sobranceria e generosidade extremas, que me abriu as portas de sua família, do círculo de seus inúmeros discípulos processualistas e de nossa Faculdade de Direito da PUC. Foi uma criatura admirável.

Como profissional, foi jurista da mais alta seriedade e de vasta erudição, que transitou, com desenvoltura, pelo Direito Processual Civil, Direito Civil, Tributário e Constitucional. Criou uma escola paulista de Processo Civil, enriqueceu a advocacia e a consultoria jurídica."

Antonio Cezar Peluso, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal

O paulistano ARRUDA ALVIM autor de extensa e fundamental obra jurídica, professor titular da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde graduado, lá obtendo os títulos de Mestre, de Doutor e de Livre Docente, um dos fundadores do programa de pós-graduação estrito senso em Direto da PUCSP, foi Professor e Coordenador dos Cursos de Mestrado e de Doutorado em Direito, com especial ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

Advogado, foi Procurador da Fazenda Nacional e Desembargador do TJSP, Membro da Academia Paulista de Direito, um dos mais profícuos autores da Editora Revista dos Tribunais, coordenou os volumes de Comentários à Jurisprudência dos Tribunais Superiores editados pela Editora Forense, além de ter sido editor da Revista Forense, membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Processual Civil e da Polifonia – Revista Internacional da Academia Paulista de Direito.

Em sua trajetória acadêmica integrou a denominada Escola de Direito Processual de São Paulo fundada por Enrico Tullio Liebman, além de contribuir com seus livros e ensino jurídico; como tribuno, jurisconsulto e magistrado muito contribuiu para a evolução do direito brasileiro atuando brilhantemente na atividade legislativa, autor que foi de vários projetos de lei e de reforma de Códigos.

A família ARRUDA ALVIM é um marco divisório na formação intelectual de gerações de notáveis juristas de todo o território nacional, reconhecida internacionalmente, em particular contribuiu desde o Mestrado em Direito na PUCSP, aluno que fui do Prof. ARRUDA ALVIM e de sua esposa THEREZA ARRUDA ALVIM; sua filha TERESA ARRUDA ALVIM integrou as minhas bancas de Mestrado e de Doutorado; seu filho EDUARDO ARRUDA ALVIM meu colega e amigo dos bancos da academia no Mestrado. Tanto não bastasse, TERESA ARRUDA ALVIM foi orientadora de meus filhos JOSÉ SEBASTIÃO FAGUNDES CUNHA FILHO e POLIANA MARIA CREMASCO FAGUNDES CUNHA no Curso de Mestrado em Direito na PUCSP e PUCPR respectivamente.

Minhas palavras não são suficientes e não traduzem toda a admiração pelo homem de fino trato, seu caráter, a integridade, a generosidade em abrir seu escritório para nos acolher com a notável vocação em ser professor e mentor, coletei algumas manifestações, às quais poderia somar muitas outras, que conformam a imagem que restará para sempre.

Repercussão[1]

Ministro Luiz Fux, presidente do STF

"O Supremo Tribunal Federal recebe com profunda tristeza a notícia do falecimento do professor José Manoel de Arruda Alvim Netto. O jurista e acadêmico, que edificou a escola de processo civil da PUC-SP, foi um notável estudioso e formou gerações de processualistas Brasil afora. Será sempre lembrado por ter seu pensamento convertido em leis e por ter impactado a jurisprudência nacional. Como é o traço de grandes personalidades, Arruda Alvim foi um homem de elegância maior, amável e admirado por todos. Deixo aqui palavras de consolo à família, em especial à esposa Thereza Arruda Alvim e aos filhos, Teresa Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim. As memórias do Professor Arruda Alvim serão eternas."

Ministro Humberto Martins, presidente do STJ

"É um homem não só de um conhecimento jurídico notável, mas um renomado professor e de grande conhecimento humanístico. Um homem notável, um homem ímpar com relação à sua conduta ética e profissional. Em nome do Tribunal da Cidadania, apresentamos sentimentos de pesar. Tenho certeza que combateu o bom combate e deixou o exemplo vivo em suas aulas e seus ensinamentos. Esses não perecem. Permanecem vivos hoje, amanhã e sempre."

Herman Benjamin, ministro do STJ

"É autor de uma obra que foi ampliada para todos os cantos e recantes do Direito. Do Direito Público ao Direito Constitucional, até as profundezas do Direito Privado, nos temas mais difíceis. É uma perda muito grande para o Direito brasileiro, mas seus escritos e suas lições, e mais do que tudo, as boas lembranças que seus ex-alunos têm desta pessoa extraordinária, ficam. Isso não perece."

Marco Aurélio, ministro aposentado do STF

"Uma vida dedicada ao Direito. Mestre de tantos mestres. Deixou o exemplo."

Alberto Zacharias Toron, criminalista

"O professor Arruda Alvim foi muito mais que um jurista, conhecia a alma humana como poucos. Homem de grande cultura e muito generoso. Deixa um grande buraco na nossa cultura jurídica. Descansa entre os justos!"

Paulo Alcides Amaral Salles, desembargador do TJ-SP

"Um processualista que deixou sua marca! Mais um grande personagem do mundo do Direito que se vai. Deixará saudades!!"

Otavio Luiz Rodrigues, advogado, professor da USP e conselheiro do CNMP

"O professor Arruda Alvim era um ícone do Direito Civil brasileiro. Um ser humano diferenciado, culto e muito generoso para com as novas gerações. Com seu desaparecimento, apaga-se uma luz no Direito Civil. Trabalhamos juntos no anteprojeto que deu origem ao Regime Jurídico Emergencial é Transitório de Direito Privado (RJET) e tive a oportunidade de aprender muito. Na Revista de Direito Civil Contemporâneo, publicamos uma entrevista muito especial, na qual expôs parte de de sua visão de mundo e do Direito."

Nelson Wilians, advogado

"Há pessoas que deixam marcas profundas em nossa vida pessoal e profissional. Tive o prazer de estar muitas vezes nos últimos anos com o professor José Manoel Arruda Alvim, ou simplesmente professor Arruda Alvim. Um homem brilhante, reconhecido no meio jurídico nacional e internacional,

1 Fonte: Conjur, 1º de setembro de 2021 - www.conjur.com.br

que me inspirou profundamente. Hoje, morre uma parte da história do Direito brasileiro. Grande Mestre. Grande Amigo Arruda Alvim."

Cecília Mello, advogada, ex-desembargadora do TRF-3

"O querido professor Arruda Alvim deixa inúmeros órfãos, como eu. Deixa porque, além de brilhante, era extremamente generoso no compartilhamento da sua sabedoria única e do seu afeto. Verdadeiramente um Mestre, que ensinou e iluminou, não infundindo as suas próprias verdades, mas contribuindo para o aperfeiçoamento das razões de cada um. O nosso maior jurista, o nosso grande amigo, nos deixou. O Mestre se vai, mas os seus ensinamentos permanecerão pela eternidade."

Cristiano Zanin Martins, advogado

"É uma perda irreparável. Comecei na advocacia com o professor Arruda Alvim e pude dele receber lições valiosas para a minha carreira e para a minha vida. Um jurista completo, de uma cultura ímpar e que ao mesmo tempo sabia ouvir e dar atenção a todos."

Lenio Streck, jurista e professor

"O professor Arruda Alvim era de uma classe em extinção: a dos eruditos. Ele me impressionou desde o primeiro minuto. Um professor. Sábio. Napoleão, quando viu Johann Wolfgang von Goethe pela primeira vez, não teve palavras para expressar sua admiração. Disse apenas: Eis um homem! É minha homenagem ao Professor José Manuel de Arruda Alvim!"

Henrique Ávila, advogado, ex CNJ

"As lições de humildade deste homem estoico são perenes, porque nos ensinam que, quanto mais sábio, mais dúvidas nós devemos levantar. Com esta filosofia o professor Alvim ensinou centenas de juristas, agora marcados para sempre com sua memória."

José Rogério Cruz e Tucci, professor e advogado

"Perda irreparável do grande processualista, responsável por semear a ciência processual a várias gerações de jovens que se tornaram renomados processualistas."

Desembargador Mairan Maia, presidente do TRF-3

"Hoje é um dia muito triste para o Direito brasileiro e especialmente doloroso para aqueles que, como eu, conheciam o professor Arruda Alvim, homem culto e generoso. Tive o privilégio de ser seu aluno no mestrado e no doutorado e, mais do que isso, a honra de ser seu amigo. Seguirá presente nas universidades, por meio de suas obras, e em nossos corações, pelos momentos inesquecíveis. Deixa imenso legado e eterna saudade."

Heleno Torres, professor e advogado

"O professor Manoel de Arruda Alvim foi um jurista completo. Na sua experiência como juiz e desembargador, aprofundou, pela prática, seus amplos conhecimentos teóricos do Direito Processual e do Direito Privado, o que lhe permitiu se tornar um dos maiores e mais conceituados advogados da nossa história. Foi um grande líder de escola do Direito Processual Civil, ao lado da sua esposa, a professora Thereza Alvim. Foi um privilégio histórico conviver com este notável Mestre, que deixará saudades e fará muita falta às nossas letras jurídicas. Poucos foram tão brilhantes e tão elegantes no trato quanto o professor Arruda Alvim."

Aasp (Associação dos Advogados de São Paulo)

"Com grande impacto na jurisprudência nacional, a extensa produção acadêmica de Arruda Alvim influenciou o Direito brasileiro e também a produção de leis. A AASP expressa seus sentimentos de pesar aos familiares, à comunidade acadêmica, aos amigos e aos eternos alunos do professor com a certeza de que seu legado transcenderá gerações no Direito."

Academia Paulista de Direito

"Perde o Direito brasileiro um de seus maiores juristas (...) A Academia Paulista de Direito permanecerá em luto por dez dias, em homenagem a seu ilustre e admirado Acadêmico."

Gianfrancesco Genoso, sócio e CEO do escritório Arruda Alvim e Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica, quando agradeceu as mensagens enviadas por todos em nome da família Arruda Alvim, dos sócios e colaboradores do Escritório Arruda Alvim e Thereza Alvim Advocacia, principalmente o brilhante, delicado e indelevelmente sutil artigo que reflete verdadeiramente a imagem e a grandeza de Arruda Alvim, ressaltou que ARRUDA ALVIM se dedicou mais nos últimos anos a realizar profundo estudo dos mais variados temas do universo jurídico, ficando a cargo do não menos brilhante jurista, EDUARDO ARRUDA ALVIM, seu filho, traçar as diretrizes jurídicas do escritório. Segundo ele, ARRUDA ALVIM, de fato, se preocupava demais com o País e os rumos que se vislumbram, sentia-se obrigado a contribuir para que o Direito fosse aprimorado dia após dia, pois na sua visão entendia que 'o Brasil será ainda uma potência e o Direito reflete diretamente a grandeza de um país'.

Sou um privilegiado, como Gianfrancesco Genoso, tive o prazer de conviver com um ser humano ímpar; conforme dito a mais rutilante e polimórfica inteligência que um homem pode conhecer, fui acolhido em sua residência até no privilégio de almoços com longas e agradáveis conversas como um filho não de laços de sangue, mas de amizade, admiração, ideias e ideais, discípulo que busca inspiração no Mestre, por muitos anos!

Deus sabe da minha eterna Gratidão e Admiração!

J. S. Fagundes Cunha
Desembargador do TJPR
Fundador e ex-Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual

SUMÁRIO

EDITORIAL 5
José Laurindo de Souza Netto

APRESENTAÇÃO 7
Ramon de Medeiros Nogueira

PREFÁCIO 8
Teresa Arruda Alvin

HOMENAGENS AO PROFESSOR JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM 10

DERECHO CONSTITUCIONAL Y NUEVAS TECNOLOGIAS 18
Antonio Anselmo Martino

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CONDUÇÃO PROCESSUAL 30
Antonio Carlos Esteves Torres

INSERCIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL SISTEMA DEL CIVIL LAW: CASO REPÚBLICA DOMINICANA 35
Bernabel Moricete Fabián

"FICA EM CASA" - UM ELO ENTRE MÚLTIPLAS VOZES 45
Daniel Blume Pereira de Almeida

ANÁLISE DA NULIDADE DECORRENTE DA DEFICIÊNCIA DA DEFESA DE ACORDO COM A SÚMULA 523 DO STF E STANDARDS NECESSÁRIOS PARA AFERIÇÃO DO PREJUÍZO EM CASO DE DEFESA INEFETIVA 53
Diogo Mentor, Renata Pão Alvo S. Roberto

BREVES REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ 62
Edgardo Torres López

A TRANSFORMAÇÃO TECNOLÓGICA DO PODER JUDICIÁRIO E OS IMPACTOS PROCESSUAIS 72
Karen Paiva Hippertt, Adriane Garcel, José Laurindo de Souza Netto

EFICÁCIA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE 86
Eduardo Arruda Alvim, Eduardo Aranha A. Ferreira, Rosane Pereira dos Santos

NEOCONSTITUCIONALISMO E EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL 96
Eduardo Cambi, Silvana Aparecida Plastina Cardoso

SUMÁRIO

EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS 105
Edwin Figueroa Gutarra

LA GUERRA DE LOS JUECES E O HABEAS MÍDIA POR SÉRGIO BORJA: UMA GARANTIA 'DE LEGE FERENDA' 115
José Sebastião Fagundes Cunha, Poliana Maria Cremasco Fagundes Cunha

A SUBJETIVIDADE JURÍDICA E A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DE SOCIEDADE CIVIL GLOBAL PARA A DEFESA DO MEIO AMBIENTE 125
José Sebastião Fagundes Cunha, Márcio Valério Alves da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Samara Carmen Miranda

LA CONSTITUCIÓN Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO 135
Manuel Jesús Miranda Canales

LA ACCIÓN POPULAR EN UN CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO 140
Manuel Alejandro Pérez Vallejo

SEGURANÇA JURÍDICA E OS REQUISITOS ESSENCIAIS À CONCESSSÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS FUNDADAS NO PODER GERAL DE COERÇÃO: NECESSIDADE E PERTINÊNCIA 146
Olavo de Oliveira Neto

CONSTITUCIÓN Y METODO. ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 159
Ramsis Ghazzaoui

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E SUA (DES)APLICABILIDADE NO CAMPO FÁTICO PARA PESSOAS SEM ACESSIBILIDADE: EFICÁCIA OU NÃO 191
Renato Vicente Nonato

A JURISDIÇÃO EM RAZÃO DA RESPONSABILIDADE TRANSNACIONAL DAS EMPRESAS PERANTE A COLETIVIDADE DOS PAÍSES QUE OPERAM 198
Ricardo Hasson Sayeg, Rodrigo Campos Hasson Sayeg

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL Y SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO 209
Roxana Elizabeth Becerra Urbina

PROLEGOMENOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL: CRISES E PERSPECTIVAS 221
Sérgio Augusto Pereira de Borja

SUMÁRIO

DIREITO FUNDAMENTAL DO JURISDICIONADO E DEVER FUNDAMENTAL DO ESTADO: MANTER A JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL E, EM ALGUNS CASOS, EVITAR QUE TENHA EFEITO RETROATIVO 238
Teresa Arruda Alvim

A CONCEPÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL FRENTE ÀS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO 251
William Soares Pugliese

LA OBLIGATORIEDAD Y VINCULATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES 260
Yenny Prado Saavedra

PORQUE É NECESSÁRIO TER UM TRIBUNAL LATINO-AMERICANO DE JUSTIÇA AMBIENTAL: UMA PROPOSTA DE ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL TRANSNACIONAL 266
Rachel Lopes Queiroz Chacur

O PODER JUDICIÁRIO E O AGRONEGÓCIO: A POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS AGRÁRIOS 277
Gustavo Calixto Guilherme, Adriane Garcel, José Laurindo de Souza Netto,

TEXTO DE OPINIÃO

HABEAS CORPUS COMO ALTERNATIVA AO EFEITO SUSPENSIVO EM REVISÃO CRIMINAL 287
Sergio Luiz Patitucci

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS 289
Milenka Gutiérrez Antezana

O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL E A EQUIDADE. A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 140 DO CPC 291
Jorge de Oliveira Vargas

MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA E CIDADANIA: UMA INTERSEÇÃO NECESSÁRIA 293
Anderson Ricardo Fogaça, Karen Paiva Hippertt, Leonardo Peteno Magnusson

ARTIGOS

DERECHO CONSTITUCIONAL Y NUEVAS TECNOLOGIAS

CONSTITUTIONAL LAW AND NEW TECHNOLOGIES

Antonio Anselmo Martino[1]

Esta distinción es fundamental para entender qué es la democracia como presencia constante de procedimientos nos sugiere que la democracia no es sólo una forma de gobierno, sino que es más bien una "forma de convivencia"; desde esta perspectiva, los procedimientos son necesarias si se quiere realizar alguna "obra", con absoluto respeto a las personas y cosas que nos rodean. Pero como seguir los procedimientos lleva tiempo. s justo concluir que la democracia es la más "lenta" de todas las formas de gobierno. A medida que los gobiernos de todo el mundo recurren a algoritmos e IA para automatizar sus sistemas, el escándalo holandés muestra cuán completamente devastadores pueden ser los sistemas automatizados sin las salvaguardas adecuadas. La Unión Europea, que se posiciona como el principal regulador tecnológico del mundo, está trabajando en un proyecto de ley que tiene como objetivo frenar los daños algorítmicos. El derecho procesal constitucional tiene mucho que revisar sobre los cambios que las nuevas tecnologías han introducido en la sociedad y por ende en el derecho y también los cambios que la propia producción procesal constitucional ha sufrido y esta sufriendo por las nuevas tecnologías, sin temores pero sin pausa, pues el trabajo a realizar llevará mucho tiempo y energía. Y no es procastinable.

[1] Profesor emérito de la Universidad del Salvador (Argentina) y de la Universidad de Pisa (Italia). Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro asociado del Center for Artificial Intelligence and Cognate learning of the University of Greenwich, Miembro de la "European Association of Legislation", Director del Manual del Digesto Argentino, 1999/2014.. Declarado por Ley 4286 Personalidad Destacada de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el ámbito de las Ciencias Jurídicas. Autor de 53 libros y 749 artículos científicos. Email: aamartino@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo moderno tiene que ver siempre con los viejos temas que hicieron a la democracia actual más vigentes y urgentes que nunca. El constitucionalismo procesal sigue la misma suerte. Sustancialmente a los tres valores que son la libertad, la igualdad y la solidaridad.

Las nuevas tecnologías tienen que ver con esos valores en cuanto los favorecen o los ponen en peligro.

Hay crisis de valores, están en crisis los partidos políticos, hay un aumento de la segmentación partidaria y de la falta de representatividad. Eso pone en peligro la democracia y se ven crujir en países como EEUU, Inglaterra, Italia, para no hablar de la ingobernabilidad que atenaza América Latina.

Son tiempos de Pandemia y de guerra, donde la Naturaleza parece pasar las facturas a nuestra despreocupación por el ambiente [1].

Steven Levitsky y Daniel Ziblatt publican *Como mueren las Democracias* (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018) y a la "democracia" quieren agregarle sustantivos desde "participativa" a "popular" poniendo en crisis los tres valores indicados al principio.

Se puede decir en forma general que las nuevas tecnologías permiten el desarrollo de las libertades individuales, empresariales y colectivas ampliando los horizontes de las acciones posibles. La noción misma de Estado concebido verticalmente desde Luis XIV se amplía en modo horizontal cuando se hace entrar a todas las partes del mismo que deben entender en una causa o mas aun convocando a los ciudadanos a formar parte de la toma de decisiones a través de mecanismos como el presupuesto participativo y los diversos XXX elije [2].

Y no solo las libertades sino también la igualdad pues brinda a un numero cada vez mayor de personas la posibilidad de participar en las discusiones y aun en las decisiones políticas, administrativas y sociales. Es fácilmente visible en la igualdad de género, pero también en la incorporación de franjas enormes de población a las decisiones políticas y sociales sea por la edad, por el territorio o por la capacidad adquisitiva donde las tecnologías ampliaron el numero de los interesados capaces de acceder.

Dado que las tecnologías abren a la trasparencia es mucho más fácil obtener igualdad en un ámbito abierto que en uno cerrado. Permite procesar, ordenar y clasificar millones de documentos en materia jurídica en tiempo récord, lo cual conlleva una toma de decisiones más acertada y la generación de estrategias con base en datos objetivos y cuantitativos (CASTELLS, 1997, p. 505 - 514).

Las redes sociales son un medio formidable para la solidaridad social ya que descubren problemas que estuvieron sumergidos, invita a la participación de un modo simple y directo, logra actuar en manera casi instantánea con las necesidades y puede llegar en forma veloz a un numero impensable de personas antes de su aparición.

Ante la renuncia del Premier Draghi en Italia, hay pedidos de la sociedad civil para que continue y convocatorias de reuniones callejeras por medio de redes sociales.

¿Son todas rosas? No desgraciadamente. Las tecnologías son instrumentos y por ende pueden ser usadas para muchos fines. Las libertades pueden ser gravemente afectadas: el derecho de libertad informa tica asume una forma nueva del tradicional derecho de libertad personal, como derecho a controlar las informa ciones sobre la propia persona, como derecho del habeas data o el derecho al olvido. Y el habeas data nace porque la intimidad de los propios datos se ve amenaza da por la facilidad como se obtienen datos sobre personas o situaciones. Dada la rápida difusión de los datos, aun personales y la facilidad con la que se los encuentra aparece otro derecho nuevo, el del olvido.

Las tecnologías modernas crean una nueva cultura que podemos llamas digital por contraposición a la del papel impreso, cultura de guttemberg y en ella las personas de una cierta edad pueden ser fácilmente discriminadas, así como los ignorantes digitales que rápidamente pierden trabajos desplazados por maqui nas. [3]

La facilidad con la cual se puede crear un instrumento mortal y desplazarlo con un dron casero hace que el terrorismo nos aseche.

---

[1] Drôle de guerre, así se recuerda el extraño invierno europeo de 1939. Los tanques nazis aplastaban Polonia, los soviéticos avanzaban hacia las fronteras pactadas por el pacto Molotov-Ribbentrop, la vida continuaba en Occidente. Los franceses y los británicos sabían muy bien que no era normal, que no podía durar así. ¿Qué traería la primavera de 1940? Habían hecho todo lo posible para apaciguar a Hitler, para saciar a la bestia, concesión tras concesión. En nombre de la paz, por supuesto: ¿hay algo mejor? Recordados hoy con una mezcla de lástima y desprecio, los Chamberlain y Daladiers, los famosos appeasers, fueron vitoreados por las multitudes a su regreso de la conferencia de Múnich. ¿Morir por Gdansk? ¡Ni hablarlo! Los polacos les caían mal a muchos. Demasiado nacionalistas, susurraban los tímidos; se la habían buscado, insinuaban los más intrépidos; el Tercer Reich tiene sus razones, decían los más descarados. Siempre hay una pizca de verdad incluso en las teorías más absurdas...

[2] Los presupuestos participativos comenzaron en la ciudad brasileña de Porto Alegre y se han extendido a los cinco continentes. Por ejemplo, Buenos Aires elije es un sistema en el cual los ciudadanos pueden hacer propuestas y si reciben un cierto numero de votos la Legislatura de la Ciudad esta obligada a tratarlo como proyecto.

[3] Los reclutadores de recursos humanos se lamentan que haya muchos puestos que no pueden ser cubiertos por falta de personal idóneo. Su frase es "no falta trabajo, sino personal compente."

La misma existencia de las monedas digitales que no necesitan un banco central ni ningún control han dado alas a la delincuencia cibernética para hacer hackeos y exigir pagos justamente en bitcoins u otras monedas digitales.

El reconocimiento facial que facilita la identificación de muchos delincuentes puede ser usado (como lo es ya en países dictatoriales para controlar a la población.

Cambridge Analítica enseño como se pueden manipular datos que pocos tienen para obtener resultados inesperados como el Brexit inglés o la elección de Donald Trump en EEUU.

Las noticias falsas para desprestigiar, desacreditar o humillar a personajes públicos es uno de los grandes problemas mediáticos de nuestra era. El avance de las nuevas tecnologías permitirá realizar falsificaciones de imágenes o deep fakes cada vez más convincentes y de manera más sencilla.

Las fallas de los sistemas autónomos como autos o sistemas de control del tránsito, de la navega ción o de la irrigación nos mantienen alertas.

Dicho brevemente: las nuevas tecno logías modifican el mundo de una manera irreconocible para el pasado y a una velocidad desconocida en la historia. El derecho en general y en particular el constitucional no puede quedar ajeno. Antes de alegrarse o asustarse hay que saber y el conocimiento es la materia más escasa porque todo es nuevo.

El Estado parece haberse hecho demasiado grande para resolver los problemas de los ciudadanos, y a la vez demasiado pequeño para poder defenderlos de los intereses y amenazas de los grandes actores e instituciones supranacionales, que han encontrado una coartada y un caldo de cultivo perfecto con el capitalismo global

1 NUEVAS TECNOLOGÍAS

Lamentablemente en el mundo jurídico la velocidad de las transformaciones de los medios de producción y difusión han permitido que en vez de núcleos duros de información se haga uso de una cháchara no exenta de datos, pero no suficiente para el mundo científico.

Por esa razón serán expuestos los instrumen tos que pueden ser considerados nuevas tecnologías. No es y no puede ser una enumeración exhaustiva, pues este es un artículo jurídico y no científico, pero da una referencia clara de donde remitirse en caso de dudas.

Comenzamos por definir algoritmo como cualquier procedimiento de ordenador bien definido que posee algún valor agregado en la calidad de sus entradas (inputs), generando otros valores en la salida (outputs), de manera que puede ser considerada una herramienta para solucionar problemas (CORMEN; LEISERSON; RIVEST; STEIN, 2009, p. 5-6).

La revolución de Internet ha sido enorme desde el punto de vista del conocimiento. Aun antes, con Arpanet aparecieron las nuevas consecuencias: altera ción del tiempo y del espacio [4]. Internet no es sólo un nuevo espacio necesitado de regulación, un nuevo objeto de derecho. No basta con elaborar un "régimen jurídico de internet". Internet ejerce un desafío epistemológico que provoca la transformación de nuestros modos de actuar y de pensar, también como juristas

A la relación vertical que nos enseñó el estado de Luis XIV há sucedido una relación horizontal favore cida por las nuevas tecnologías. El gobierno abierto se manifiesta en los estados supranacionales, nacionales y locales incluyendo el presupuesto participativo, XXX elije, la colaboración de las antenas estatales y la participación ciudadana.

Situándose el político al mismo nivel que el ciudadano, con una relación directa de tú a tú con él, ejerciendo una política horizontal, ya que al fin y al cabo todos, políticos y ciudadanos, comparten e interactúan en los mismos espacios y escenarios, ya sea en la vida real (calle, lugares públicos) o en la red(Redes Sociales ,foros)[5].

La Pandemia y la invasión de Rusia a Ucrania han cambiado el tablero internacional, modificado las economías y acelerado una situación de crisis que se oteaba: crisis de la globalización, resurgimiento de nacionalismos y populismos, hastío por los partidos políticos.

Hemos pasado de una concepción pasiva del ciudadano, e incluso del militante, a otra activa. La Primavera Árabe nos mostró que la gente podía crear una red de información alternativa a los medios de propaganda del régimen. Islandia nos mostró que los ciudadanos podían participar directamente en la redacción de una Constitución.

1.1 COMPUTACIÓN EN LA NUBE

Las soluciones virtuales sobresalen considera blemente cuando se trata de programas para acceder a archivos sin necesidad de tenerlos almacenados en la computadora. Para ello se usa de una red de servidores

[4] Visitando al Director del Centro de Calculo de Pisa del Consejo Nacional de investigación italiano, en 1981 me pidió que lo esperara pues "estaba trabajando en Michigan" Me pareció absurda la frase, pero reflexioné que yo también tenia una base de datos Arpa en Huston y que trabajaba con los datos allí. Piénsese en ese momento: yo veía al director en via Santa Maria en Pisa pero estaba trabajando con sus datos en EEUU. Lo del tiempo lo aprendimos luego cuanto en cualquier hora del día había una bolsa de comercio perando en el mundo.

[5] Hay una sentencia del Superior peruano que reconoce la red como lugar de comisión de un delito.

remotos conectados a internet para almacenar, admi nistrar y procesar datos, servidores, bases de datos, redes y software. En lugar de depender de un servicio fí sico instalado, se tiene acceso a una estructura donde el software y el hardware están virtualmente integra dos.

Figura 1 – hardware virtualmente integrados

Fonte: pngwing.com

El concepto de "nube informática" es muy amplio, y abarca casi todos los posibles tipos de servici o en línea, pero cuando las empresas predican ofrecer un utilitario alojado en la nube, por lo general se refiere n a alguna de estas tres modalidades: el software como servicio (SaaS, por sus siglas en inglés) [6], plataforma como servicio (PaaS) [7] e infraestructura como servicio (IaaS) [8].

Este proceso es realizado en línea gracias al cloud computing, que es la disponibilidad bajo demanda de recursos de computación como servicios a través de Internet. Esta tecnología evita que las empresas tengan que encargarse de aprovisionar, configurar o gestionar los recursos y permite que paguen únicamente por los que usen. Constituye una tecnología aplicada en los servicios jurídicos que permite a sus funcionarios gestionar todos los casos desde cualquier parte del mundo al usar un dispositivo con conexión a internet.

1.2 AUTOMATIZACIÓN ROBÓTICA DE PROCESOS

El *robotic process automation* - o automatización robótica de processos - Con la RPA, los usuarios de software pueden crear robots de software o "bots" que pueden aprender, imitar y luego ejecutar procesos empresariales basados en reglas. La RPA permite a los usuarios crear bots mediante la observa ción de las acciones digitales de los humanos. Muéstrele a sus bots qué hacer, luego déjelos hacer su trabajo.

Los robots de software de la automatización robótica de procesos pueden interactuar con cualquier aplicación o sistema de la misma forma que lo hacen las personas (con la diferencia de que los bots de RPA pueden operar las 24 horas, sin parar, mucho más rápido y con un fiabilidad y precisión del 100 %).incluye como funciones primarias configurar un robot informático que ejecuta y clasifica de manera automatizada una serie de actividades asociadas, por ejemplo a la asesoría legal: existen programas mediante los cuales se pueden crear robots capaces de sincronizarse con expedientes jurídicos, generación y análisis de reportes, documentos legales, gestión de contratos y filtros de autenticidad.

La automatización robótica aumenta la productividad sin la necesidad de contratar personal adicional para ciertos procesos administrativos. Por ejemplo, muchas firmas jurídicas implementan softwares de redacción para contratos estándar: en la mayoría de los casos, la ejecución de los mismos consta de pasos definidos y relativamente sencillos, los cuales pueden ser ejecutados rápidamente - y con mayor eficiência - por este tipo de automatización.

[6] El software como servicio se encuentra en la capa más alta y caracteriza una aplicación completa ofrecida como un servicio bajo demanda a través de multi tenencia —una sola instancia del software que corre en la infraestructura del proveedor sirve a múltiples organizaciones de clientes—. Las aplicaciones que suministran este modelo de servicio son accesibles a través de un navegador web —o de cualquier aplicación diseñada para tal efecto— y el usuario no tiene control sobre ellas, aunque en algunos casos se le permite realizar algunas configuraciones. Esto le elimina la necesidad al cliente de instalar la aplicación en sus propios computadores, evitando asumir los costos de soporte y el mantenimiento de hardware y software.

[7] La capa del medio, la plataforma como servicio, es la encapsulación de una abstracción de um ambiente de desarrollo y el empaquetamiento de una serie de módulos o complementos que proporcionan, normalmente, una funcionalidad horizontal (persistencia de datos, utenticación, mensajería, etc.). De esta forma, un arquetipo de plataforma como servicio podría consistir em un entorno conteniendo una pila básica de sistemas, componentes o APIs preconfiguradas y listas para integrarse sobre una tecnología concreta de desarrollo (por ejemplo, un sistema Linux, un servidor web, y un ambiente de programación como Perl o Ruby). Las ofertas de plataformas como servicio pueden servir a todas las fases del ciclo de desarrollo y pruebas del software, o pueden estar especializadas en cualquier área en particular, tal como la administración del contenido.

[8] La infraestructura como servicio —también llamada en algunos casos hardware as a service, HaaS)—7 se encuentra en la capa inferior y es un medio de entregar almacenamiento básico y capacidades de cómputo como servicios estandarizados en la red. Servidores, sistemas de almacenamiento, conexiones, enrutadores, y otros sistemas se concentran (por ejemplo a través de la tecnología de virtualización) para manejar tipos específicos de cargas de trabajo —desde procesamiento en lotes ("batch") hasta aumento de servidor/almacenamiento durante las cargas pico—. El ejemplo comercial mejor conocido es Amazon Web Services, cuyos servicios EC2 y S3 ofrecen cómputo y servicios de almacenamiento esenciales (respectivamente). Otro ejemplo es Joyent, cuyo producto principal es una línea de servidores virtualizados, que proveen una infraestructura en demanda altamente escalable para manejar sitios web, incluidas aplicaciones web complejas escritas en Python, Ruby, PHP y Java

Del mismo modo, esta puede ser de gran utilidad para las bases internas de casos en las cuales los robots actúan como consultores al encontrar casos pasados con similitudes o en fuentes externas como bibliotecas.

1.3 INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La inteligencia es sobre todo centro de interés de las ciencias cognitivas no pertenece al reino etéreo del pensamiento, sino que se expresa y desarrolla en el trato con la realidad. Se acentúa la dimensión pragmática de la inteligencia: se trata de manejar la realidad. Y una realidad que es inestable. Por eso el derecho no trabaja con certezas sino con elementos que son transformadores de incertidumbre. No es como el razonamiento lógico, que utiliza reglas de inferencias válidas para deducir conclusiones a partir de premisas.

La lógica – contrariamente a lo que pensaba Aristoteles – no es semántica sino sintáctica (ALCHOURRON; MARTINO, 1987, p. 7 – 43) y en la sintaxis nada tiene que ver el mundo. Un razonamiento es correcto por razones lógicas, pero la ciencia tiene que ver con el mundo, entonces no basta la lógica, aparecen los criterios de realidad y ellos tienen que ver con experiencias.

Modernamente han aparecido varios tipos de inteligencia y el científico, debe estar atento a todos ellos pues se ocupa de la realidad. La técnica jurídica es sustancialmente formal, pero no puede quedarse allí, tiene que ver con el mundo y por lo tanto debe usar todos los sistemas que permiten operar con la realidad. Mas aun, en este siglo estamos aprendiendo a utilizar un tipo de inteligencia institucional. No se pretende que las máquinas imiten aspectos de la inteligencia humana, en una inteligencia analógica. Se trata de sistemas inteligentes, que hacen ciertas cosas mejor que los individuos y que pueden hacer cosas que los individuos por sí mismos no podrían. Es una inteligencia que no está en las personas sino en los componentes constitutivos del sistema. Las sociedades actuales dependen cada vez más de sistemas inteligentes (LUHMANN, 1998, p. 31).

La inteligencia artificial conlleva la capacidad de una computadora de desarrollar comportamientos inteligentes con técnicas aprendidas y codificadas por programadores. En palabras más simples, una computadora puede aprender a comunicarse con los usuarios mediante lenguaje humano y analizar contextos, casos y documentación.

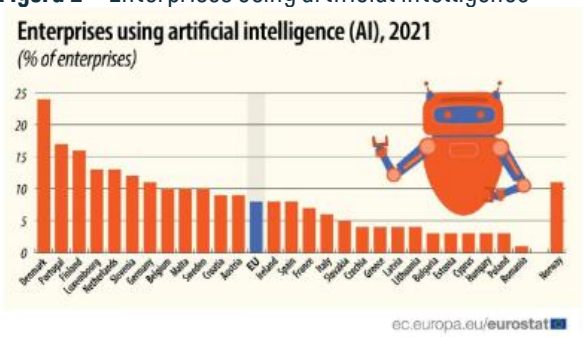
Es bueno no dejarse impresionar por todo lo que puede hacer una maquina para no caer en las simplificaciones de Blake Lemoine quien ha mantenido la que con toda probabilidad haya sido la charla más increíble e influyente de su vida. No tanto por los temas que abordó, que también; sino por quién era el interlocutor. Gracias a su condición de ingeniero de Google, Lemoine ha podido conversar largo y tendido con LaMDA (Language Model for Dialogue Applications), la herramienta de Mountain View para elaborar chatbots con modelos de lenguaje avanzados. La conversación fue tan increíble, tan surrealista, que Lemoine ha acabado concluyendo que está cobrando cierta conciencia.

"Si no supiera qué es exactamente, quién es este programa de computadora que construimos recientemente, pensaría que se trata de un niño de siete u ocho años que sabe física", explica el experto. Por esa razón acabó dirigiéndose a los directivos de Google para compartir con ellos sus impresiones sobre la naturaleza y las sorprendentes capacidades de la Inteligencia Artificial.

Que las maquinas tengan conciencia no es discutible por ahora. Que cada vez hagan cosas mas extraordinarias, es cierto. ¿Alguna vez tomaran decisiones por su cuenta? Depende, en el sentido de tener conciencia es difícil pero ya Haal, en 2001 Odisea del Espacio, tomaba decisiones.

No olvidemos que hay cosas que las maquinas hacen mejor que los humanos y cosas que no pueden hacer.

Figura 2 – Enterprises using artificial intelligence



Fonte: 2022

Toda la primera parte de la I.A tuvo que ver con la lógica y la programación lógica. De lo que se trataba era de enseñar a las maquinas a hacer razonamientos como el *modus ponens* [9]. Los cuatro congresos *Lógica, informática, derecho* realizados en Florencia en 1981, 85, 89 y 93 con los mejores lógicos e informáticos del planeta

[9] Por eso florecieron los sistemas expertos que razonaban como un experto y dada una cantidad de datos obtenían consecuencias. Con Carlos Alchourron hicimos un sistema experto SRL, sistema de razonamiento legal. Ver Antonio A. Martino, Auxilio computacional a la legislación. Hacer leyes con computadoras. Informática y derecho. Aportes a la doctrina internacional. Vol. 4 Ediciones Depalma; Julio de 1993, Buenos Aires.

nos hicieron tropezar con la inteligencia artificial[10].

La segunda parte de la I.A. aparece con los datos, una enorme cantidad de datos irrumpe en nuestras vidas a partir de la segunda decena del mileni o.

Con esa segunda parte la máquina puede ser codificada para: a. Crear predicciones de posibles vere dictos finales o fallos de un juez. b. Analizar decisiones judiciales y patrones que pueden ayudar en futuros casos. c Estudiar los argumentos oponentes para gene rar mejores estrategias legales, tanto en defensa como en acusación.

1.4 FIRMA ELECTRÓNICA

Actualmente, no es necesaria la presencia de todas las partes involucradas en un contrato debido a la validez jurídica de la firma electrónica: de hecho, esta herramienta digital ha trascendido los servicios legales.

Este ordenamiento jurídico incluye de forma obligatoria la generación de pruebas de autenticidad por parte de los firmantes para poder garantizar la integridad y veracidad de los documentos; los requeri mientos específicos aparecen en la ley de firma electrónica avanzada.

Por ejemplo novo nordisk, una compañía mundi al que es líder en el cuidado de la diabetes con más de 90 años de innovación, la cual en la búsqueda de un cierre de contratos más ágil convirtió a formato digital toda su documentación para implementar la firma electrónica: como resultado, el tiempo promedio para aprobación de nuevos contratos disminuyó de 30 días a 6 horas y, por consiguiente, aumentó a un 70% los docu mentos firmados de manera electrónica.

Otro caso de éxito es la empresa mexicana axtel, encargada de atender mercados gubernamenta les, empresariales y mayoristas, la cual ofrece solucio nes de infraestructura: una de sus nuevas estrategias digitales fue la iniciativa de proporcionar mayor valor a sus clientes en cuanto a la gestión de documentos por medio de la transformación del proceso de firmas con el objetivo de minimizar retrasos y errores. Normalmen te, los documentos eran enviados por correo electró nico y luego eran impresos, firmados y escaneados para enviarlos de vuelta. La adopción de la firma electrónica en esta compañía permitió aumentar la rapidez y la confiabilidad de contratos con un incremento del 300% en contratos firmados mensualmente y 85% de los documentos firmados de manera electrónica.

1.5 BIG DATA

El big data son las metodologías y tecnologías para procesar grandes cantidades de datos que no pueden ser procesados por sistemas tradicionales y convencionales debido al volumen de información y a la heterogeneidad de cada documento, ya sea en formatos , fuentes de origen y clasificación (CRAIG, 2012).

Para tener una idea la cantidad de datos que ingresaron en un minuto de 2018 fue tan grande como todos los datos creados desde la invención de la escritura hasta el 2017. Obviamente los seres humanos no estamos capacitados para tratar semejante volumen de datos, por mas que los fraccionemos, por esa razón se debió recurrir a redes neuronales entrenadas en tratar muchos datos para que fueran obteniendo regularidades, disformidades, mapas a fin de ser utilizados a fines de cálculo.

Aplicada al sector legal, esta tecnología permi te procesar, ordenar y clasificar millones de documen tos en materia jurídica en tiempo récord, lo cual con lleva una toma de decisiones más acertada y la gene ración de estrategias con base en datos objetivos y cuantitativos.

Escoger la opción más productiva, innovadora y estratégica requiere de un plan de modernización para transformar digitalmente un estudio de abogados y los tribunales, así como las sedes administrativas. [11]

2 EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LOS SISTEMAS INTELIGENTES

Las nuevas tecnologías han modificado sensi blemente el mundo en el nuevo siglo, el derecho cons titucional no podía ser ajeno.

Donde la informática sigue en mayor contacto con el Derecho constitucional es con ocasión de la aparición de conflictos entre aquélla y otros ámbitos reconocidos y garantizados constitucionalmente, como así acontece en relación con la intimidad o las comunicaciones (según se acaba de señalar), pero no solamente.

De este modo, una cuestión todavía abierta a nivel europeo, y al respecto de la protección de la dignidad de la persona, es la referida a la censura y prohibiciones de ciertos videojuegos (o contenidos de los mismos) ante roles violentos y actitudes máximo sexistas (más allá de la mera limitación de acceso a ellos según la edad).

O también en Estados Unidos, el requerimiento del F.B.I. a los de Cupertino del código del iPhone a fin de desbloquear el terminal del asaltante de San Bernardino (de diciembre de 2015), mientras que éstos,

[10] Digo "tropezamos" porque ninguno de nosotros buscaba la I-A. fueron los otros quienes dijeron "están haciendo inteligencia artificial". MARTINO, A. A. 1992, "Expert Systems in Law", North Holland, Amsterdam, London, New York. Susskind, Richard, Experte sistems in Law, Oxford University Press, 2000.

[11] uan Corvalan "La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea". La ley, LXXI . Recuperado de http ://thomsonreuterslatam.com/2017/10/la-primera-inteligencia-artificial-predictiva-alservicio-de-la-justicia-prometea

accediendo siempre a colaborar con sus propios ingenieros, se negaban sin embargo a tal entrega aduciendo su obligación (en cuanto que compromiso) de proteger la seguridad e intimidad de sus clientes; con todo, y finalmente, el F.B.I. consiguió desbloquear dicho aparato (ya, a finales de marzo de 2016).

El propio progreso constitucional termina por incidir con la informática y otros contenidos constituci onales en la búsqueda de un mejor gobierno, como así sucede con ocasión del reciente reconocimiento del principio de transparencia de la actuación de los poderes públicos y de sus titulares, de un lado, y la puesta a disposición informática de la ciudadanía de múltiples datos de éstos (Portal de la Transparencia) a fin del consiguiente y efectivo control político de aquéllos (art. 105.b CE y L 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno); y por otra parte, y sin embargo, la necesaria guardia de la intimidad de tales sujetos frente

Además, entroncando con recientes desarro llos del principio democrático, y a tenor del peso de in ternet y de las redes sociales al respecto de nuevas for mas de participación de la ciudadanía en el espacio público, un conflicto ya clásico entre la sociedad civil y los poderes públicos en cuanto al internet viene siendo el planteado a partir del siguiente trinomio: de una parte los usuarios de internet, reclamando un especio inde pendiente y virtual frente a los poderes públicos, y de mandando de esta forma, y desde cierta subsidiariedad horizontal, el autogobierno y la autorregulación de internet; de otra los poderes públicos, invocando un interés general sobre internet en tanto que red de comunicación no sólo social, sino económica y política, de manera que aquéllos no pueden quedar al margen del gobierno y la regulación de internet; y desde una dimen sión intermedia (en la que confluyen diversos intereses y realidades)70, la garantía de una efectiva neutralidad política de éste y de las redes dada su cualificada consi deración de autopista de comunicación y de zona de puesta en común hoy para la ciudadanía y a modo de nuevo espacio público virtual, llegándose a hablar de auténtica ágora moderna.

La necesaria resolución de los conflictos que a nivel constitucional origina (o a los que contribuye) la informática, acaba por desencadenar nuevas prohibi ciones y limitaciones de concretas actuaciones infor máticas en razón al daño originado o esperado (poten cial) para bienes de la máxima relevancia consti tucional; y en tal sentido, incluso, el impulso desde los poderes públicos de una función de custodia e inves tigación al respecto del uso de la informática y de inter net y las redes por terceros que puedan poner en peligro la garantía de la seguridad del tráfico social, económico y político.

No ya la mera acción de los hackers, sino cier tos actos, como es la elaboración y puesta en circu lación de malware para el espionaje de la actividad infor mática de sujetos, o la sustracción de datos, o simple mente la mera destrucción de sistemas y/o compu tadoras, es que resulten genérica y abstractamente prohibidos, sin perjuicio de que singulares acciones pue dan resultar justificadas por el sistema en tanto que al servicio de bienes de especial relevancia constitucio nal.

Los riesgos de la conocida como Deep web, dado que más de 90 % de todo internet y espacio de tráfico oculto a los buscadores y al margen, en gran medida, del control público.

También, pero a la inversa, el planteamiento de limitaciones y prohibiciones de actuaciones informá ticas (tanto a nivel de software, como de hardware) en cuanto que potencialmente (supuesta o manifiesta mente) definen

La informática no sólo supone nuevos proble mas para el Derecho constitucional, sino que asimismo conllevan posibilidades que se abren para el progreso democrático, económico, cultural y social; no en vano, la referida neutralidad de la red responde a cómo internet y las redes sociales han configurado un nuevo espacio público virtual que abre novedosas formas de participación y reivindicación ciudadana.

Desde el Derecho constitucional quepa promoverse, por ejemplo, la articulación informática de relaciones entre los poderes públicos y las personas (y los ciudadanos), la tele administración o administració n on line, de modo que éstas (y éstos) puedan entrar directamente en contacto con la Administración, y faci litando así las relaciones de unos y otros (sin perjuicio, eso sí, de las necesarias garantías al respecto); tam bién, la necesidad de rediseñar, a tales efectos, cauces de comunicación y notificación lo suficientemente se guros como para garantizar la fehaciencia de las com siguientes actuaciones ante y de la Administración (en España, las novedosas Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Admi nistraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público –Tít. preliminar, Cap. V–, como la anterior 11/2007, de 22 de junio, de acce so electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos)

E incluso, diversas propuestas de tele democra cia (mediante voto electrónico), de manera que se facilite y agilice la participación democrática de los ciudadanos tanto en consultas populares, como en procesos electorales.

2.1 LO DIGITAL EN TEXTOS CONSTITUCIONALES

Como dijimos antes lo constitucional se mani fiesta en las tres características básicas de la demo cracia: la libertad, la igualdad y la solidaridad.

El principio de libertad informática (aunque aún no sea en la versión activa y pasiva); se trata ya en

las Constituciones española y la portuguesa, ambas de finales de los setenta. [12]

Pero pasemos a examinar algunas constitucio nes posteriores. La Constitución de la República de Sudáfrica[13] de 1993 prevé tres artículos que interpretá ndolos conjuntamente hacen emerger el derecho de la libertad informática. El artículo 13 titulado Privacy dice: «Cada persona tendrá derecho a la propia privacy, que incluirá el derecho a no ser sometido a persecuciones de la propia persona, casa o propiedad, a no sufrir el secuestro de bienes privados o la violación de las comunicaciones privadas.

El artículo 15 dedicado a la libertad de expresión, en particular el primer apartado afirma:

> Cada persona tendrá derecho a la libertad de palabra y de expresión, comprendiendo la libertad de prensa y el uso de otros media y la libertad de creatividad artística y de investigación científica». Y finalmente el artículo 23 sobre el acceso a la información dispone: «Cada persona tendrá derecho de tener conocimiento de las informaciones disponibles por el Estado o cualquiera de sus órganos a cada nivel de Gobierno, en cuanto tales informaciones sean requeridas para la el ejercicio o protección de los derechos individuales.

Interesantes resultan las normas constitucio nales para la protección del derecho de libertad infor mática prevista en la Constitución de la Federación Ru sa de 1993[14]. El artículo 23 prevé que:

> Cada uno tiene derecho a la inviolabilidad de la vida privada, al secreto personal y familiar, a la defensa del honor propio y del nombre propio. Cada uno tiene derecho al secreto de la correspondencia, de las conversaciones telefónicas, de las comunicaciones postales, telegráficas y de cualquier otro tipo. Las limitaciones de este derecho podrán realizarse exclusivamente por de medio de leyes.

El nuevo derecho fundamental derivado inicialmente, en España de una trilogía de derechos fundamentales: El honor, la Intimidad y la propia Imagen (art. 18 CE) y, en Colombia de un binomio de derechos fundamentales: La intimidad y el Buen Nombre (art. 15 Constitución Política de Colombia –Cons.Pol. –).

Este nuevo derecho constitucional ha sido denominado indistintamente: derecho a la Libertad informática, derecho a la autodeterminación informati va o informática, la intimidad informática o el derecho de habeas data.

Las atribuciones que tiene toda persona humana para solicitar, recibir o comunicar información veraz, precisa, oportuna y transparente (art. 20.1.d) CE., art. 20 y 74 Cons. Argentina., art. 19 Declaración Universal de Derechos de 1948; art. 19 del Pacto de New York; arts. 13 y 14 del Pacto de San José) desde el momento mismo hasta que termina un tratamiento o procedimiento con medios informáticos, electrónicos y telemáticos y que persiga la recogida, almacenamiento y transferencia de datos considerados personales que le conciernan y así lo disponga el ordenamiento jurídico vigente en cada Estado, ya se encuentren tratados por los poderes públicos (art.105-b, CE, art. 74 Cons. Pol.) o por los particulares. El derecho a la información se acentúa, toma perfiles máximos de vulnerabilidad y/ o de protección en las fases, etapas o ciclos informáticos de la recolección y la transferencia (por cesión) de datos dentro de un procesamiento informatizado (arts. 5, 11 y 13 LORTAD, arts. 15 Inc.1 in fine y 2, Cons. Pol.), bien sea de la información recaba del propio interesado o no (arts. 10 y 11, Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos).

El principio fundamental del Common law sobre la inviolabilidad de la persona humana, conside rado a la vez, como un valor y basamento de los dere chos fundamentales en toda sociedad democrática, al abrigo del cual nació The Right to privacy. Y se vio reflejado en Constituciones del CommonLaw. Este principio fue elevado a rango constitucional genérica mente para todos los derechos y libertades fundamenta les, también en constituciones hispano latinoamerica nas.

Una problemática muy debatida en el campo de los derechos en el escenario digital es el manejo de los datos personales. Con el fin de proteger el derecho a la intimidad, el Parlamento y el Consejo de la UE aprobaron el Reglamento General de Protección de Datos, en el 2016 (Directiva 95/46/CE), en el que se establecen los requisitos específicos para empresas y

[12] artículo 35 de la Constitución portuguesa de 1976 y al artículo 18.4 de la Constitución española de 1978. Sobre esta última, en particular, v. A. E. PÉREZ LUÑO: «Informática y Libertad. Comentarios al artículo 18.4 de la Constitución española», en Revista de Estudios Políticos, núm. 24, 1981, págs. 46 y ss.; y con especial referencia a la Ley Orgánica que ha desarrollado la norma constitucional, v. «La LORTAD y los derechos funda- mentales», en Derecho y Libertades, n. 1, 1993, págs. 405 y ss. Más recientemente puede consultarse la Ley Orgánica 15/1999, Ver también T. E. FROSINI: «La nuova legge spagnola sulla protezione dei dati personali», en // diritto dell 'informazione e dell'informática, n. 6, 2000, p. 769 y ss.

[13] Léase en el volumen Costituzioni straniere contemporanee, vol. II: Le Costituzioni di sette Stati di recente ristrutturazione, a cargo de P. BISCARETTI DI RUFFIA con la colabora-ción de M. GANINO, VI ed. enteramente reestructurada, Milano, 1996, págs. 25 y ss. Sobre la Constitución Sudafricana, v. el reciente estudio de R. SPITZ-M. CHASKALSON: The Politics of Transition. A Hidden History of South África 's Negotiated Settlement, Oxford, 2000.

[14] Léase en el volumen Costituzioni straniere contemporanee, vol. II: Le Costituzioni di sette Stati di recente ristrutturazione, op. cit, p. 255.

organizaciones sobre recolección, almacenamiento y gestión de los datos personales, reconociendo el derecho de acceso a los datos, a la rectificación y oposición y el derecho a la supresión, también denominado derecho al olvido.

Merece especial atención el derecho de acceso a internet reconocido en un nivel constitucional por el Consejo Constitucional francés en la Decisión 2009-580 DC de 2009, como un componente del derecho a la libertad de expresión. Este tribunal reconoció el desarrollo generalizado de los servicios de comuni cación al público en línea, así como su importancia para la participación en la vida democrática El derecho positivo italiano utiliza la expresión cittadinanza digitale (ciudadanía digital) durante los últimos 15 años. [15] Si bien estos no tienen reconocimiento constitucional, se derivan indirectamente de normas que reconocen derechos constitucionales tradicionales. Sin embargo, están explícitamente reconocidos por la legislación infraconstitucional y la jurisprudencia no ha tenido ninguna dificultad para brindarles una protección adecuada.

Países como Finlandia y Estonia han decidido que el acceso a internet es un derecho humano y en Holanda han declarado que el acceso inalámbrico a esta red es una necesidad básica, bajo el argumento de que, sin dicha tecnología, la economía se estancaría. Y la expresión de ideas y opiniones.

Las nuevas tecnologías en el derecho procesal constitucional aparecen en un proyecto de la Facultad de Derecho de Buenos Aires ya en marcha[16] y la materia se extiende en diversos países tanto latinoamericanos como europeos (ARRABAL PLATERO, 2021).

CONCLUSIONES

Con la llegada de Internet, 1992, se produce una transformación total de nuestras vidas tal que desapa rece una era caracterizada por la difusión de la escri tura, Guttemberg (1452)[17]. La transformación es tan radi cal que si un abogado hubiese dormido un decenio, al despertar no reconocería lo que están haciendo sus pares como "ejercicio profesional".

El derecho se ocupa de regular la vida en sociedad, cambiando el contexto material de la misma, necesariamente debe cambiar el derecho. Aparecen nuevas circunstancias (los viejos limites temporales o espaciales se borran) hay nuevos sujetos (el gestor de red) nuevos derechos (habeas data, ciudadanía digital) y es menester dictar nuevas normas, nuevos reglamen tos.

El derecho constitucional es generalmente tardio en el reaccionar frente a los cambios del mundo y esto no es malo en si mismo, pues permite razonar, hacer cálculos, repensar la carta constitucional. Solo que el cambio de época introduce también un elemento nuevo: la rapidez. [18]

Los cambios por nuevas invenciones fueron generalmente pluri generacionales: pasar del mundo agrícola al industrial, la introducción del automóvil, la radio o la televisión, pero los cambios de la nueva era son mucho mas veloces. La velocidad ha entrado en nuestras vidas tan raudamente porque ahora las actuali zaciones no son generacionales, sino decenal, a veces quinquenales y en muchos casos anuales.

Es decir, el derecho constitucional puede to mar algún respiro para actualizarse, pero como se dice en música del allegro "non troppo". De hecho, algunas constituciones van tomando acto de los nuevos derechos, pero son sobre todo los Tribunales constitu cionales, que son empujados por actores desesperados por la aparición de automóviles autónomos o armas autónomas, reconocimientos faciales, monedas cripto, facke news, quienes deben anticipar el contenido constitucional, siguiendo una tradición que permite el juego de los tres poderes.

Stefano Rodotà, diputado en el Parlamento italiano y europeo desde 1979, titular de en la Autoridad italiana para la protección de datos personales, fue además, Consejero del Istituto per la Documentacione Giuridica, del Consejo Nacional de Investigaciones italiano que dirigí entre 1983 y 1992 [19], escribió un texto "La vida y las reglas"[20] analiza los límites del Derecho en relación a contenidos que atañen a la dignidad humana, la libertad y los derechos fundamentales en general. En una original división estructural visita el cuerpo, la soledad, el don, la casualidad, el gen, el clon, el dolor, el cuidado, el final y el poder. Son planteamientos muy emotivos cuya poética es íntegramente conforme con un alto grado de profundización jurídica en la materia.

---

[15] Gustavo Zagrebelsky Chi vogliamo e non vogliamo essere , Mondadori, Milan, 2021.

[16] El 18 de noviembre de 2021, tuvo lugar la presentación del proyecto de investigación: "La jurisdicción. Las nuevas tecnologías en el derecho procesal constitucional argentino". Expuso Francisco Brischetto y comentó Celeste Martínez Di Leo.

[17] Podriamos plantear eras del conocimiento primero verbal, luego escrito (si bien se remontan al cuarto milenio a. C. Surgió en Egipto, Mesopotamia y China) en occidente Platon es el gran difusor de la escritura, criticada por Socrates. Despues la difusión de la imprenta y ahora la era digital. Es curioso pero en nuestro tiempo las tres culturas (oral, escrita y digital) conviven.

[18] Italo Calvino, Lezioni americane, Mondadori, 1988 en españo Seis lecciones para el próximo milenio, En junio de 1984 Italo Calvino fue invitado a ocupar la cátedra de las Charles Eliot Norton Poetry Lectures en la Universidad de Harvard, Massachusetts, durante el curso 1985-1986. ... en seis lecciones. Las escribió, pero nunca viajo pues moría ese año. Su mujer, Esther, las reúne y las publica. En esas lecciones, Calvino, con la anticipación que solo los artistas logran describe el siglo XXI con estas seis características: Levedad, rapidez, exactitud, visibilidad, multiplicidad, coherencia.

[19] Actualmente ITTIG, http://www.ittig.cnr.it.

[20] Stefano Rodota, La vita e le regole. Tra diritto e non diritto, Feltrinelli, 2018.

De las tantas cosas que aprendimos de él, valga esta reflexión sobre el cuidado que el derecho tiene que tener de los cambios en la vidad humana, la tutela de las libertades y los sutiles limites entre el derecho y el no derecho.

Vale la pena desterrar dos vicios de nuestro tiempo: el primero confundir digital con inmaterial. Lo digital es material pues los programas y los datos se desarrollan en máquinas, se graban en paquetes que viajan o se depositan en discos duros que se graban con láser, pero todo es absolutamente material, tiene un soporte material y una existencia ontológica en el mundo.

El segundo el miedo del computador como nuevo Golem, que aparece citado una sola vez en el Antiguo Testamento, esto es, en salmo 139, verso 16, allí se dice "inconcluso o esbozado me vieron tus ojos. Tus ojos vieron mi embrión, y en tu libro se escribieron todos los días que me fueron dados, cuando no existía ni uno solo de ellos". Ese embrión, según la interpretación, es el Golem, pero para otros Adán. En hebreo, idioma original del Antiguo Testamento, se coloca el origen de la figura del Golem, de donde la Qabbalh (tradición) busca sus significados (HENRY, 2013).

Sí, vale la pena ocuparse de los peligros serios que han aparecido ya y que están siendo tratados; podemos llamarlos riesgos y son debidos al hecho que se trata de una metodología nueva a la cual la sociedad no ha tenido tiempo de habituarse. Los sistemas inteligentes no van a volver atrás, por lo tanto, la solución no es demonizarlos como si no existieran o fuéramos a desterrarlos sino ver cuáles son los riesgos que crean, diferenciarlos pues algunos son menores.

Por cierto que las nuevas tecnologías agregan mucho potencial al derecho constitucional pero albergan no pocas insidias. El caso del derecho fiscal de los países bajos es un ejemplo: La vida de Chermaine Leysner cambió en 2012, cuando recibió una carta de la autoridad fiscal holandesa exigiéndole que devolviera su subsidio de cuidado infantil desde 2008. Leysner, entonces un estudiante que estudiaba trabajo social, tenía tres hijos menores de 6 años. La factura fiscal superaba los 100.000 euros. "Pensé: 'No te preocupes, esto es un gran error'. Pero no fue un error. Fue el comienzo de algo grande", dijo.

El calvario duró nueve años de la vida de Leysner. El estrés causado por la factura de impuestos y el diagnóstico de cáncer de su madre llevaron a Leysner a la depresión y el agotamiento. Terminó separándose del padre de sus hijos. "Estaba trabajando como loca para poder hacer algo por mis hijos, como darles algunas cosas bonitas para comer o comprar dulces. Pero tuve momentos en que mi hijo pequeño tuvo que ir a la escuela con un agujero en el zapato", dijo Leysner.

Leysner es una de las decenas de miles de víctimas de lo que los holandeses han denominado el "toeslagenaffaire", o el escándalo de los beneficios de cuidado infantil. En 2019 se reveló que las autoridades fiscales holandesas habían utilizado un algoritmo de au toaprendizaje para crear perfiles de riesgo en un esfu erzo por detectar el fraude de beneficios de cuidado in fantil.

Las autoridades penalizaron a las familias por una mera sospecha de fraude basada en los indicadores de riesgo del sistema. Decenas de miles de familias, a menudo con ingresos más bajos o pertenecientes a minorías étnicas, fueron empujadas a la pobreza debido a las deudas exorbitantes con la agencia tributaria. Algunas víctimas se suicidaron. Más de mil niños fueron acogidos en hogares de guarda.

Las autoridades fiscales holandesas se enfren tan ahora a una nueva multa de 3,7 millones de euros del regulador de privacidad del país. En un comunicado publicado el 12 de abril, la agencia describió varias violaciones del reglamento de protección de datos de la UE, el Reglamento General de Protección de Datos, incluido no tener una base legal para procesar los datos de las personas y aferrarse a la información durante demasiado tiempo.

Aleid Wolfsen, el jefe de la autoridad de privaci dad holandesa, calificó las violaciones como sin prece dentes:

> Durante más de 6 años, las personas a menudo fueron etiquetadas erróneamente como estafadores, con consecuencias nefastas [...] algunos no recibieron un acuerdo de pago o usted no era elegible para la reestructuración de la deuda. Las autoridades fiscales han puesto vidas patas arriba.

Pero los críticos dicen que el proyecto de ley falla y no protegería a los ciudadanos de incidentes como lo que sucedió en los Países Bajos, pues esa práctica no tiene controles ni equilibrios.

El nuevo gobierno de Rutte se ha comprome tido a crear un nuevo regulador de algoritmos bajo la autoridad de protección de datos del país. La ministra digital holandesa, Alexandra van Huffelen, quien anteriormente fue ministra de Finanzas a cargo de la autoridad fiscal, dijo a un medio local[21] que el papel de la autoridad de datos será

> [...] supervisar la creación de algoritmos e IA, pero también cómo se desarrolla cuando está allí, cómo se trata, asegurarse de que esté centrado en el ser humano y que se aplique a todas las regulaciones que están en uso.

A un treinteno de la aparición de los sistemas inteligentes en muchos casos seguimos comportán donos como en el siglo pasado. En particular con

[21] Politico, Amsterdam, 11 de enero 2022.

respecto a temas tan complejos como el de la cons titución y el comportamiento social. No asumimos ni la versión sistémica de la democracia ni su complejidad. Olvidamos también a menudo que la natural y la artificial son inteligencias diferentes y complemen tarias destinadas a trabajar juntas.

Olvidamos (o no queremos ver) que la democracia es, entre de las formas de gobierno, la más difícil de gestionar. En cualquier democracia, los proce dimientos a seguir para establecer sólo los servicios necesarios (hospitales, escuelas, etc.) son extremada mente complejos, mientras que, en los regímenes auto ritarios, la voluntad del déspota es suficiente para que algo suceda.

Esta distinción es fundamental para entender qué es la democracia como presencia constante de procedimientos nos sugiere que la democracia no es sólo una forma de gobierno, sino que es más bien una "forma de convivencia"; desde esta perspectiva, los procedimientos son necesarias si se quiere realizar alguna "obra", con absoluto respeto a las personas y cosas que nos rodean. Pero como seguir los procedimientos lleva tiempo. Es justo concluir que la democracia es la más "lenta" de todas las formas de gobierno.

A medida que los gobiernos de todo el mundo recurren a algoritmos e IA para automatizar sus sistemas, el escándalo holandés muestra cuán comple tamente devastadores pueden ser los sistemas automatizados sin las salvaguardas adecuadas. La Unión Europea, que se posiciona como el principal regulador tecnológico del mundo, está trabajando en un proyecto de ley que tiene como objetivo frenar los daños algorítmicos.

El derecho procesal constitucional tiene mucho que revisar sobre los cambios que las nuevas tecnologías han introducido en la sociedad y por ende en el derecho y también los cambios que la propia producción procesal constitucional ha sufrido y esta sufriendo por las nuevas tecnologías, sin temores pero sin pausa, pues el trabajo a realizar llevará mucho tiempo y energía. Y no es procastinable.

REFERÊNCIAS

Antonio A. Martino (editor) La giustifi cazione morale della dernocrazía, Quaderndi ell'Istitutod i ScienzaP olitica Universitá di Genova, Genova.

Antonio Anselmo Martino, Logica informatica, derecho y estado, Grijley, Lima, 2021.

Antonio Anselmo Martino, Tecnologias innovadoras para la Justicia, Astrea, 2021, Buenos Aires.

Francis Fukuyama, State-Building: Governance and World Order in the 21st Century (Messenger Lectures), Corneil University Press, 2004, Consulta Pública ¿Qué dicen los expertos sobre eLAC 2010-2015? CEPAL, setiembre de 2010. Disponível em: .http://www.ecla c.cl/socinfo/noticias/noticias/3/40843/Consulta_publi ca.pdf. Acesso em: 12 set. 2022.

Pedro José Cabrera Cabrera (Director) M.a José Rubio Martín, Yolanda Fernández Jurado, Sadot Alexandres Fernández, Antonio Rúa Vieytes, Elena Fernández Velasco, José Antonio López Ruiz, Graciela Malgesini Rey, Nuevas Tecnologías y exclusión social Un estudio sobre las posibilidades de las TIC en la lucha por la inclusión social en España, Fundacion telefónica, Madrid, 2015 https://www.ohchr.org/sites/default/files /Documents/Issues/CulturalRights/ConsultationEnjoy Benefits/UNESCONUEVAS_TECNOLOGIASyExclusionsoc ial.pdf.

Politico, Amsterdam, 11 de enero 2022.

Darwin, C. The Descente of Man 1859, Londres Princeton Unversity Press 1981vol. 1 Primera Parte, cap. 3.

Emanuel Kant, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, (AA IV:421).

Ross, David, Fundamentos de ética, Eudeba, Buenos Aires, 2003. El original inglés es de 1930.

Uno de los menos conocidos es el marqués de Sade, quien en el prólogo de la Filosofía del Tocador, dice expresamente que ha escrito esa obra para desmentir el imperativo categórico de Kant.

Floridi, Luciano, The Blackwell Guide to the Philosophy of Computing and Information (editor), Blackwell, O Unesco, Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial, https://es.unesco.org/artificial-intelligence/ethics.

Ludwig Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus.
Markus Gabriel, Yo no soy mi cerebro. Filosofía de la mente para el siglo XXI Barcelona: Pasado y Presente, 2016ISBN 978-84-944950-7-6.

Alex Hinojo Hacia una nueva ética informativa, CCCBLab, 16 de enero del 2020, http://lab.cccb.org/es /hacia-una-nueva-etica-informativa/.

Yuk Hui, On the Existence of Digital Objects, (Volume 48) (Electronic Mediations), Minessota, 2020.

Edwin Lo, Entrevista: sobre Tecnodiversidad: una conversación con Yuk Hui, 27 de julio de 2020 , Seminario de Tecnologías Filosóficas, http://philosophyandtechno logy.network/3939/entrevista-sobre-technodiversity-una-conversacion-con-yuk-hui/.

Umberto Eco , lectio magistralis celebrada como parte de la reunión de los 83 Ministros de Cultura reunidos en Expo Milano por el Ministro de Cultura Dario Franceschini, el 31 de julio y el 10 de agosto de 2015.

Refik Anadol: "Melting Memories" esculturas digitales en movimiento, exposición en San Francisco, 1019.

Gianluca Consoli, Arte e cognizione. Rapporti tra estetica e intelligenza artificiale , Bulzoni, Milano, 2006.

Gottfried Wilhelm, Freiherr von Leibniz, Ensayo de Teodicea. Acerca de la bondad de Dios, la libertad del hombre y el origen del mal., Abada Editores, Madrid, 2019, ISBN: 9788416160112.

Duhigg, C., Cómo las empresas aprenden sus secretos, NYT, 2012.

Elon Musk, Neuralink, proyecto visible en el link https://neuralink.com/.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CONDUÇÃO PROCESSUAL

THE FEDERAL CONSTITUTION AND PROCEDURAL CONDUCTION

Antonio Carlos Esteves Torres[1]

"No Brasil, tem sido cada vez..." (mais)"... frequente que normas legais remetam o intérprete e aplicador a princípios, e não apenas genericamente, se não que os nomeando um a um, sem esgotar o conjunto das possibilidades..." (ob.cit. p. 64), e ratifica sua posição, após exemplificar a multiplicidade de atos, como a Lei nº 8.666/93, a Lei do Processo Administrativo nº 9784/99, o Dec. Nº3.555/2000, todos a remeter seus fundamentos às normas da igualdade, moralidade, probidade, ampla defesa, legalidade, celeridade, finalidade, de acordo com o Preâmbulo Constitucional acompanhado pelo art. 37 da Lei Maior, a ratificar "...a vitalidade dos princípios para a interpretação das normas constitucionais (ob. Cit. Pag. 66 e 65), como desejávamos concluir a elevar ao crivo dos doutos os pensamentos que, ora, lhes são submetidos.

Palavras-chave: Constituição Federal; Condução Processual.

"In Brazil, it has been increasingly..." (more)"... it is common for legal norms to refer the interpreter and applicator to principles, and not just generically, but naming them one by one, without exhausting the set of principles. possibilities..." (ob.cit. p. 64), and ratifies its position, after exemplifying the multiplicity of acts, such as Law nº 8.666/93, Law on Administrative Procedure nº 9784/99, Dec. Nº 3.555/2000, all to refer their fundamentals to the norms of equality, morality, probity, ample defense, legality, celerity, purpose, in accordance with the Constitutional

[1] Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Mestrado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2006) e Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1968). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial.

Preamble accompanied by art. 37 of the Major Law, to ratify "...the vitality of the principles for the interpretation of constitutional norms (ob. Cit. p. 66 - 65), as we wished to conclude by raising to the sieve of the scholars the thoughts that, now, are submitted.

Keywords: Federal Constitution; Procedural Driving.

INTRODUÇÃO

As pesquisas técnicas e doutrinárias de qualquer matéria encontram nestes dias uma circunstância de inarredável inventiva. É a era da Inteligência Artificial, via de mecânicas científicas, que tem como resultado geral a impressão de que tudo está abordado por escrito impresso, enquanto a análise do interessado perde, com enorme significado de profundidade de rara dimensão, a graça da leitura. Muito se escreve e pouco se lê.

Antes que o intento se dilua em desconfianças com esta assertiva, que nos seja permitido lembrar da inacreditável velocidade com que os fatos da vida se desenvolvem. As gerações que viram a luz do sol entre as três primeiras décadas do século passado e ainda hoje se mantêm vivas, em atividade, conviveram com o progresso transformador de hábitos e costumes que, em menos de cem anos, presenciaram o surgimento dos indispensáveis computadores, das artes digitais, das viagens interplanetárias, das surpreendentes descobertas científicas introdutórias do conhecimento sobre os entes humanos ou não, e obrigatoriamente modificadoras das formas de convivência entre seres quaisquer.

Para que se tenha uma ideia, ainda que superficial, já que o estudo do cérebro não caminha por áreas quantitativas superiores a uns 10%, mesmo assim, até um dos mais terríveis males do relacionamento humano, o preconceito, tem possibilidade de medição, ao menos quanto ao que se considere a influência da beleza. Pesquisadores chineses, com o uso de máquina de ressonância magnética, perceberam, em exames observadores de conhecimento, os resultados em relação a pessoas consideradas feias ou bonitas e ofereceram notas mais favoráveis aos bem-apessoados, e inferiores aos feios. Para os que duvidem destes fatores de emprego de IA, leiam com o devido cuidado a coluna Ciência do neurocientista Prof. Roberto Lent, em O GLOBO de 8.4.22. Lembrem-se de que uma jovem juíza, de acordo com nota jornalística, em audiência, deferiu alvará de soltura a um cidadão louro de olhos azuis, "por não corresponder ao biotipo de um criminoso". Lombroso se orgulharia do raciocínio.

De 1824, até 1988, estiveram em vigência sete constituições, cuja estrutura variou de acordo com as características sociais vigentes, embora os princípios básicos do direito permaneçam os mesmos, na forma "ulpiânica": não lesar ninguém, dar a cada um o que é seu, viver honestamente. No uso da hermenêutica, diz Maximiliano: " O intérprete não cria prescrições, nem posterga as existentes: deduz a nova regra, para um caso concreto, do conjunto das disposições vigentes, consentâneas com o progresso geral; e assim obedece ao conceito de Paulo – Non ex regula jus sumatur, sede ex jure, quod est, regula fiat - da regra se não extraia o Direito, ao contrário, tal qual na essência ele é, construa-se a regra". (MAXIMILIANO, 1979, p. 48).

1 APRECIAÇÃO

Com os caminhos interpretativos, o comportamento do julgador gira ao sabor dos tempos e espaços. Entre a outorga constitucional de 1824, com prenúncios dos direitos civis e políticos dos cidadãos, em capítulo final, admitia-se o que o imperador, já, por si, chefe supremo da nação, em nome da Santíssima Trindade, exercesse o poder moderador, com base no comando expresso do artigo 99: "A Pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma". Sua Majestade Imperial nomeava senadores, convocava Assembleias, interferia nas decisões provinciais, suspendendo ou alterando juízes e jurisdições, perdoava ou moderava penas e concedia anistias.

Apesar de estarem a se aproximar os duzentos anos da primeira carta, nela não se distingue, por exemplo, antes da abolição, a palavra escravo, embora, a contrário senso, destinem-se nacionalidades e postos aos libertos. Se havia libertos, haveria cativos; aboliram-se as penas de açoite, tortura, a marca de ferro quente (típica de identificação de propriedade ou castigo imposto a escravizados), e todas as mais penas cruéis. A garantia dos direitos individuais, salvo na hipótese de rebelião ou invasão inimiga. A chefia do Executivo pelo Imperador, que, além de "supervisionar" a responsabilidade dos empregados públicos, também "comanda" a força armada de mar e terra, que seriam regularizadas como Exército e Força Naval.

Observa-se no resumo desses fatos, cuja descrição inseriu-se na Constituição outorgada de 1824, a primeira de um país em formação, o ponto de partida que a cada Carta subsequente fundamenta, a despeito da manutenção dos princípios estruturalmen te imutáveis.

Desta forma, a estrutura executiva das normas constitucionais, quando não diretamente previstas na Lei Fundamental, estão configuradas essencialmente no direito processual, incisivamente mencionado. A esse respeito, com o intento de assegurar as paredes da lei Maior, vale repetir a advertência inaugural da exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015:

> Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos ameaçados ou violados, que tem cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um estado Democrático de Direito.

Assim, a incisividade deste espírito abrangente fica exposta no comando inscrito no artigo 1º do já não

tão novo CPC:

> O Processo Civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as ormas fundamentais estabelecidos na Constituição Da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

A origem dessas bases principiológicas traça os caminhos de longas e misteriosas desenvolturas, que acabaram em episódios transformadores das perspectivas sociológicas. A explicação oferecida por Henry S. Commager, na introdução da obra "Fundamentos da Constituição Americana" de Andrew C.McLaughlin (1961) nos parece um resumo ainda hoje demonstrativo , como figura na capa da obra, "os princípios e filosofias que inspiraram os arquitetos da Constituição Americana:

> A geração que combateu a Revolução e elaborou a Constituição foi politicamente a mais inventiva, construtiva e criativa na história moderna. Sua realização mais assinalada - uma realização cuja magnitude avança sobre nós com o passar do tempo – foi institucionalizar princípios e teorias, que ao longo das fases e períodos foram concebidos por historiadores e filósofos, mas raramente praticados por homens de estado e nunca por reis. Foi assim que os americanos adotaram o princípio de que homens constroem governo e o institucionalizam via da convenção constitucional – um mecanismo que satisfaz perfeitamente qualquer exigência lógica deste mandado. Desta forma consideraram o princípio que o governo é limitado pelas leis da Natureza e da natureza de Deus, e institucionalizaram-no em constituições escritas de separação de poderes e um complexo sistema de equilíbrio. Abraçaram a antiga doutrina da supremacia do Direito e o institucionalizaram na prática da revisão judicial.

Daí por diante, com os meios de exame filosófico estudado e reestudado, através da sistemática mecânica, os comandos processuais se apresentam com esta filosofia, da expressa repetição dos princípios da Lei Fundamental: "Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito". É como expõe o art., 5º, XXXV, da Lei das Leis.

Em exposição proferida pelo Ministro Luiz Fux, o sentido do Código de Processo Civil ora vigente, procurava diminuir a influência dogmática europeia para adotar a objetividade do modelo norte-americano, com o fito de eliminar formalidades; aumentar a eficácia das soluções, e garantir efetivamente o direito Humano a todos os cidadãos, através da rapidez decisória.

2 MODIFICAÇÕES PROCESSUAIS E SEUS RESULTADOS

A título exemplificativo, não há dúvida de que a introdução da faculdade participativa de terceiro, sujeito ao alcance da decisão de um processo, mediante o procedimento de amicus curiae, evita a necessidade de constituição de fatores litisconsorciais, ou ingresso de outro feito, embora, na redação do art. 138 da Lei de Ritos, não se exclua o exame da relevância da matéria, a especificidade do tema e a repercussão social da controvérsia. A obrigatória especificação prévia do uso da conciliação ou da mediação, quando assim dispuser a inicial, (ou a resposta), cujo espectro ronda, no art. 334, o alargamento do exame da peça inaugural do litígio. A abertura conceitual da tutela de urgência introduzida no art. 300, do CPC de 2015, na hipótese de probabilidade do direito, perigo de dano, ou risco à inutilidade do processo. Estes aspectos não afastam agravo ou embargos declaratórios, mandado de segurança, ou habeas corpus nas hipóteses afeitas aos remédios. A estratégia, mesmo antes das modificações de 2015, sempre foi instrumento de, em muitos casos, atraso no andamento procedimental.

3 ESTRUTURA CONFIGURATIVA DA CORRELAÇÃO AO LONGO DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A fórmula deste subtítulo se assenta no vocábulo correlação. Em termos dicionarizados (Houaiss), "correspondência, similitude, analogia, entre pessoas, coisas, ideias etc [...]". Tudo, em suma.

Curiosamente, nas palavras de Carnelutti (CARNELUTTI, 2003, p. 13), indagado sobre o que é o Direito, passada a ilusão da juventude, na maturidade, responde:

> Agora eu não creio poder responder...senão valendo-me de uma comparação. Mas não estou muito seguro se sei o que é o direito, o que é propriamente uma comparação; ou ao menos qual é função da comparação [...].

Suas conjecturas levam ao comparativo entre o pensamento e as estradas, às vezes planas, às vezes montanhosas, a necessitar, como dizem os franceses, de tourniquets; esses caminhos acabam em outras comparações, dentre as quais há a que se equipara à força que sustenta os tijolos de um círculo, como uma armação. Pronto, não precisa mais deles. E conclui: "O direito é a armação do Estado... é o de que o povo precisa para alcançar a sua estabilidade". Em outra obra, A Morte do Direito (2003, p. 7), Carnelutti se confessa descrente do direito:

> Faz tempo que o direito vem perdendo, pouco a pouco, cada vez mais, sua dupla função de certeza e de justiça [...]. Agora, dia a dia, nossa fé desvanece. [...] A multiplicação das leis jurídicas, semelhante à multiplicação das leis naturais, faz com que o cidadão... que deveria conhecê-las já não está em condição de fazê-lo [...] À medida que cresce o número de leis jurídicas, diminui mais a possibilidade de sua formação cuidadosa e equilibrada. [...] Por outro lado, a crescente velocidade da vida social não pode deixar de

> repercutir sobre a vida das leis [...]. [...] Como a beleza de uma música, a bondade de uma lei não depende somente de quem a formula, mas de quem a executa. A interpretação é uma forma de colaboração, se bem que frequentemente inconsciente, na formulação das leis, capaz de acrescentar seus valores, como de corrigir seus defeitos.

Em suma, após considerações importantes sobre os princípios mencionados na parte introdutória deste trabalho, conclui:

> Certamente o direito ainda não morreu. Mais ainda, a quem julgar pelas aparências, e por isso considerar a quantidade de leis e de juízos, poderá parecer que nunca esteve tão vivo como agora. Mas essa vitalidade ilusória é, antes de tudo, a febre que o consome.

Pode ser que o direito venha a morrer um dia. Mas, continuará enquanto houver quem use e defenda os preceitos "*honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*".

E será longo o tempo até o uso da força jurídica, não o da força pela força natural e física. É importante rever o que se diz de Hamurabi, instituidor do primeiro código babilônico, cuja base seria reciprocidade punitiva, "olho por olho, dente por dente". Já mais de mil anos após, por razões críticas de ordem política, surge o episódio da Magna Carta que, a despeito de desavenças entre nobres (barões) e o Rei João Sem Terra, rejeitada a arbitragem, em 15 de junho de 1215, acordaram as partes em formular um documento consignador de sessenta e três cláusulas reguladoras de limites reais, liberdade da igreja britânica, além de outras, dentre as quais, as mais famosas e de fundamento vigente estão a obrigatória decisão judicial para procedimentos de sustação de liberdade, e a negativa ou demora de justiça.

> No free man shall be sized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions...nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land. To no one will we sell, to no one deny or delay right of justice." (Breay, Claire Magna Carta – Manuscripts And Myths The British Library).

CONCLUSÃO

Estes são fragmentos importantes, até os nossos dias. E, permanentes, para encerrar estas lembranças, repitamos as lições do livro que serve a tantas gerações.

Ao longo dos tempos e costumes, como figura em Hermenêutica e Aplicação do Direito, de Carlos Maximiliano (1979, p. 304), com base em Digni,

> [...] a técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias, para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais. [...] Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de não se tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, a longevidade excepcional. Quanto mais resumida é uma lei, mais geral deve ser a sua linguagem e maior, portanto, a necessidade, e também a dificuldade de interpretação [...].

De qualquer forma, tivemos neste opúsculo a oportunidade de transitar pelos textos constitucionais que, nesses quase duzentos anos, serviram de base principiológica à organização do Estado, na divisão dos poderes, e protegeram os direitos individuais e coletivos, que continuam, agora há mais de três décadas da Constituição de 1988.

Jessé Torres (2005), ao expor sobre As Vertentes do Controle, Segundo o Sistema Constitucional Brasileiro Vigente, embora a prestigiar os aspectos de ordem administrativa pública, esmiúça o tema que se fragmenta em tantos ramos do ordenamento jurídico quantos sejam os que se nos apresentam ao estudo. A certa altura, ao esclarecer as espécies de controle constitucional, expõe a integral razão da fórmula legislativa nacional, com os dizeres: "No Brasil, tem sido cada vez..." (mais)"... frequente que normas legais remetam o intérprete e aplicador a princípios, e não apenas genericamente, se não que os nomeando um a um, sem esgotar o conjunto das possibilidades..." (1979, p. 64), e ratifica sua posição, após exemplificar a multiplicidade de atos, como a Lei nº 8.666/93, a Lei do Processo Administrativo nº 9784/99, o Dec. nº3.555/2000, todos a remeter seus fundamentos às normas da igualdade, moralidade, probidade, ampla defesa, legalidade, celeridade, finalidade, de acordo com o Preâmbulo Constitucional acompanhado pelo art. 37 da Lei Maior, a ratificar "[...] a vitalidade dos princípios para a interpretação das normas constitucionais (1974, p. 6 e 65), como desejávamos concluir a elevar ao crivo dos doutos os pensamentos que, ora, lhes são submetidos.

INSERCIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL SISTEMA DEL CIVIL LAW: CASO REPÚBLICA DOMINICANA

INSERTION OF BINDING PRECEDENT IN THE CIVIL LAW SYSTEM: CASE OF THE DOMINICAN REPUBLIC

Bernabel Moricete Fabián [1]

El llamado de autorreconocimiento de los amplios poderes, y autocontrol de sus facultades, aplica bien para un órgano que, como un Tribunal Constitucional, debe ser lo suficientemente valiente como para controlar el poder y evitar que se pongan en riesgos los derechos fundamentales, al tiempo que debe medir con precisión milimétrica el alcance de sus decisiones en cuanto se convierten en ley aplicable y ejecutable con alcance vinculante con efecto erga omnes.

Palavras-Chave: Precedente vinculante; Jurisprudencia, precedente dissuasivo; Constitución, civil law.

The call for self-recognition of broad powers, and self-control of its faculties, applies well to a body that, like a Constitutional Court, must be brave enough to control power and prevent fundamental rights from being put at risk, while that it must measure with millimeter precision the scope of its decisions as soon as they become applicable and enforceable law with binding scope with erga omnes effect.

Keywords: Binding precedent; jurisprudence; Dissuasive precedent; Constitution, Civil law.

[1] Juez Presidente Corte de Apelación en La Vega, República Dominicana. Profesor de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra y de la Escuela Nacional de la Judicatura.

EL PRECEDENTE EN EL SISTEMA DEL CIVIL LAW. ASPECTOS GENERALES.

La jurisprudencia, se nos presenta como la fuente del derecho vivo y dinámico. Así lo plantea la Suprema Corte de la Nación en México, al decir que (GONZÁLEZ OROPEZA, 2006, p. 11):

> [...] la jurisprudência [...] emerge de la fuente viva que implica el análisis reiterado de las disposiciones legales vigentes; en función de su aplicación a los casos concretos sometidos a la consideración de este Alto Tribunal, conforme a su competência. [1]

Advierte, en este sentido, el referido alto tribunal del país Azteca que no se puede equiparar la jurisprudencia "el uso", la "costumbre" o la "práctica en contrario", en virtud, apunta, de que no se funda en ellos, sino en las disposiciones legales vigentes.[2]

Oportuno es acotar, que el comportamiento de los jueces de hoy en el sistema del derecho civil, dista ya mucho del reclamado en los orígenes de esta familia de derecho; las aguas que han corrido bajo el puente de las fuentes del derecho han sido abundantes desde los añejos axiomas que reclamaban al juez ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley [3]. El juez del civil law de hoy día tiene la potestad de interpretar la ley, cuestionarla, revelarse en su contra y hasta pronunciar su ineficacia, si partimos de la aplicación directa de la norma constitucional que le ha dado el sistema de control difuso; teniendo como límite no desconocerla, ni violarla. Pero, aún en estos escenarios, había mantenido la jurisprudencia su carácter de exigencia de sistematicidad, que se fija como criterio disuasivo en el marco de la fuente del derecho.[4]

Las preguntas serían aquí, ¿qué tanto queda del criterio de precedente disuasivo en el marco de la transformación que implicado la revolución constitucional de la última mitad del siglo xx? Y, por qué no, preguntarse sobre el impacto que han generado las TICs en la comunicación entre los distintos sistemas jurídicos, compartiendo sus jurisprudencias, ¿prácticamente en tiempo real? Además de preguntarnos, ¿qué es el precedente vinculante?

Vamos en primer lugar, para poner en contexto a contestar la pregunta de ¿en qué cosiste el precedente vinculante? La jurisprudencia del TC dominicano (FJ 11.i.o), citando a José Antonio Rivera Santibáñez, ha dicho que:

> En definitiva, el precedente vinculante lo constituye el aspecto de la sentencia donde se concretiza el alcance de una disposición constitucional, es decir, donde se explica qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y generales cláusulas. Es precisamente en este aspecto de la sentencia donde se produce la actividad creadora en relación con el contenido de los principios y valores que en cada etapa de la evolución del derecho corresponde al juez descubrir y plasmar en su decisión.[5]

1 LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Estamos en el mundo de las interconexiones. Para 1962, Herbert Marshall McLuhan, legaba para el mundo la expresión "aldea global"[6], para referirse a los efectos globales de las interconexiones de entonces entre los distintos países, sociedades, culturas e individuos. Con el desarrollo actual de las TICs, se ha ido completando aquella visión del mundo como una aldea cada vez menos extensa, que no deja ya resquicio del accionar humano sin afectar, positiva o negativamente. Aún aquellos que físicamente vivimos en una isla, como la nuestra en el Caribe, somos conscientes de que hemos dejado de ser la estrella solitario en medio de los océanos (que solo es vista por el tibio sol en su trayecto de cada amanecer, o solo es acariciada por la suave brisa de los vientos alisios al atardecer), que esperaban las goletas con el correo para informarse de los cambios en el mundo, porque ya esas informaciones las tenemos en tiempo real, con capacidad de interactuar con el constructor de los cambios y ser parte de esas construcciones.

Piénsese, sin el elemento de viralización en redes de nuestros días, en el tiempo que habrá tomado para que se diera a conocer

---

[1] Jurispruedencia. Concepto. En: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2460/4.pdf[consulta: 24/05/22], citando el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen Tercera Parte CXXIX, en su página 28.

[2] Idem.

[3] Montesquiau. Del Espíritu de las Leyes. (trad. Mercedes Blázquez y Pedro Vega). 5ta Ed. Editorial Tecnos, Madrid, 2000. P. 112

[4] Ley núm. 3726-53, SOBRE PROCEDIMIENTO DE CASACIÓN. Art. 1. La Suprema Corte de Justicia decide como Corte de Casación si la Ley ha sido bien o mal aplicada en los fallos en última o única instancia pronunciados por los tribunales del orden judicial. Admite o desestima los medios en que se basa el recurso, pero sin conocer en ningún caso del fondo del asunto. Art. 2.-- Las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, establecen y mantienen la unidad de la jurisprudencia nacional.

[5] Tribunal Constitucional. SENTENCIA TC/0150/17, FJ 11. (i). o.

[6] The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man (1962). Disponible en: http://www.ocopy.net/wp-content/uploads/2017/10/mcluhan-marshall_the-gutenberg-galaxy-the-making-of-typographic-man.pdf [Consulta: 27/06/2022].

el fallo Roe v. Wade [7], de 1973, a la sociedad estadounidense y que éste genera un real cambio normativo y jurisprudencial acerca del aborto. Sin embargo, 50 años después de iniciado aquel proceso, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos revoca aquel precedente, hemos sido prácticamente protagonistas del evento, que tras la filtración del proyecto que contenía el voto mayoritario en los medios, y su proyección noticiosa a nivel mundial, se pudo construir opinión pública sobre lo que pensaban los jueces del Supremo acerca de la interrupción del embarazo, para revocar el precedente, antes de que se dictara la decisión.

El derecho no es la excepción a este fenómeno de "aldea global". El derecho comparado saltó de los viejos libros y de las familias jurídicas, a las redes informáticas y al caso a caso; llevamos la última sentencia de cualquier tribunal del mundo en nuestros teléfonos móviles, al minuto de dictarlas. Y este es un avance trascendente para el desarrollo del derecho, sobre todo del derecho vivo que se expresa por medio de las sentencias de los tribunales; generando un dialogo permanente entre los sistemas judiciales. O, quizás como lo plantea Prieto Sanchís (20013), para quién un importante:

> [...] desafío para el Estado constitucional basado en la preminencia de los derechos viene dado por el creciente pluralismo o multiculturalidad de las sociedades occidentales, un fenómeno que en buena medida se asocia a la inmigración, propiciada a su vez por la globalización económica.

Una globalización económica[8] que define la agenda legislativa y que marca tendencia en relación al desarrollo de la jurisprudencia, con el pugilato constante entre liberales y conservadores para la instalación de los órganos judiciales.

Debemos apuntar, volviendo a lo nuestra 'aldea jurídica global', que la idea de mundialización del derecho no es esencia nueva, si bien se acelera en los tiempos de las TICs, los intercambios del pasado ya nos traían vientos de traspasos de experiencias e integración entre las familias jurídicas. Nos advierten Hart y Negri (2000), al referirse a la Constitución política del presente, que,

> [...] para aproximarnos más a esta transición en términos jurídicos es útil leer la obra de Hans Kelsen [...]. Ya que en 1910 y 1920 Kelsen propuso que el sistema jurídico internacional fuera concebido como la fuente suprema de cada constitución y formación jurídica nacional.[9]

Conforme con Hart y Negri (2000):

> [...] Kelsen arribó a esta propuesta a través de sus análisis de las dinámicas formales del ordenamiento particular de los Estados. Los límites del Estado-nación, sostuvo, constituyen un obstáculo infranqueable a la realización de la idea del derecho .[10]

Apuntan que, conforme a las enseñanzas de Kelsen (HART; NEGRI, 2000),

> el ordenamiento parcial de las leyes domésticas de los Estados-naciones debe apoyarse necesariamente en la universalidad y objetividad del ordenamiento internacional. Esto último no sólo es lógico sino también ético, puesto que podrían fin a los conflictos entre estados de poder desigual y afirmaría una igualdad que es el principio de la verdadera comunidad internacio nal. [11]

Es obvio que los tratados internacionales, ya sea bilaterales o multilaterales, han ido perfilando esa tendencia de mundialización, e igual papel han jugado los órganos de justicia internacional, sobre todo cuando la jurisprudencia resulta vinculante para los Estados parte. Ernesto Ray Cantor (2008), en su obra Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, nos conduce a través de la diversidad de opiniones acerca de esa otra realidad con la que ha tenido que enfrentarse el civil law, que es la pregonada supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno. Nos recuerda la pregunta de reflexión que planteaba Bidart Campos (2000), al decir,

> ¿Cómo voy a decir yo que los tratados están al mismo nivel que las leyes, o por debajo de las leyes cuando, de acuerdo a la Convención de Viena sobre derecho de los tratados es imposible oponer el derecho interno para incumplir un tratado? [12]

La realidad en torno a esta reflexión es que no tiene una solución pacífica; los ordenamientos internos no siempre están dispuestos a plantear este axioma de forma absoluta.

[7] Ana Laura Magaloni Kerpel, posiciona la sentencia Roe v. Wade dentro de la clasificación de sentencias maximalista, en cuanto representó un cabio radical de postura en relación al aborto; sobre lo que algunos juristas, apunta la autora, calificaban la opción de equivocada por considerar que debió adoptarse un fallo minimalista que abriera la discusión. Pero, recientemente hemos vistos que tema va de un extremo a otro con la revocación del precedente de 1973. MAGALONI KERPEL, Ana Laura. El Precedente Constitucional en el Sistema Judicial Norteamericano. Mc Graw Hill, Madrid, 2001. p. 132

[8] PRIETO SANCHÍS, Luís. El Constitucionalismo de los Derechos: ensayos de filosofía jurídica. Trotta. Madrid, 2013. p. 229

[9] Michael Hart y Antonio Negri. Imperio (Trad. Eduardo Sadier) Ed. Harvaed University Press, Massachussets, 2000, p. 11.

[10] Idem.

[11] 1 Idem, p. 1 1 – 1.

[12] REY CANTOR, Ernesto. obra Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos. Porrúa, México. 2008. p. LXXIII.

Otro escenario, de este de globalización del derecho, es del carácter vinculante de las decisiones de los tribunales internacionales, que no será objeto de estudio en esta oportunidad. Además, el citado autor, nos introduce en el tema de la facultad de los tribunales internos para ejercer el control de convencionalidad sobre las leyes internas de los estados parte; una actividad que cada vez toma más fuerza en la cotidianidad de la labor de los tribunales y que ya va siendo parte de la cotidianidad de los tribunales constitucionales. De hecho, vemos a Ferrajoli (2004) refiriéndose a:

> [...] la hipótesis del totus orbis -de la humanidad como punto de referencia unificador en lugar de los viejos Estados- que hoy puede realizarse a través de la elaboración de un constitucionalismo mundial capaz de atribuir a las diferentes cartas de derechos fundamentales, de las que dispone ya la comunidad internacional, aquellas garantías jurídicas cuya ausencia genera inefectividad.[13]

2 ARRIBO DEL PRECEDENTE VINCULANTE A UN SISTEMA DEL CIVIL LAW: CASO REPÚBLICA DOMINICANA

Más, reiteramos que el proceso de globalización del derecho no es nuevo, aunque si se ha acelerado con las TICs. Una mirada simple hacia atrás nos muestra que, ya son más de dos siglos de presencia de los códigos napoleónicos en distintas partes del mundo. El legiscentrismo francés impuso su impronta en diversas latitudes, y Latinoamérica que no es excepción en nada, obviamente se vio ampliamente influida por tan magna obra jurídica. En República Dominicana, como país que nos toca comentar, este sistema se arraigó de forma firme en su andamiaje jurídico; país que, desde que entró al concierto de naciones libres, con su proclama de independencia en 1844, asume como leyes de la república los códigos napoleónicos que se habían puesto en vigencia en toda la isla durante la ocupación haitiana. Pero, paralelamente, la naciente nación dominicana proclamaba una primera Constitución que recogía la experiencia de sistemas ajenos a la dinámica del civil law, otorgando a los jueces poderes como el de cuestionar y, hasta, dejar de aplicar la ley cuestionada por inconstitucionalidad; facultades que en el sistema del derecho civil le estaban vedadas a los juzgadores. Frente a lo dicho, es preciso indicar que, de ese poder primario parece que el juez dominicano de entonces, enfundado en su cultura legiscentrista, quizás no se dio por enterado, ya que no se identifican decisiones de aquella época en que se hiciera uso de tales facultades.

A lo que nos referimos en este contexto, es al mandato establecido en dos artículos de la Constitución dominicana del 6 de noviembre de 1844; en los que, por un lado, (art. 35) se dispuso que "[n]o podrá hacerse ninguna ley contraria ni a la letra ni al espíritu de la Constitución; en caso de duda, el texto de la Constitución debe siempre prevalecer"[14]. Mientras que, por otro lado, agregaba que (Art. 125) "[n]ingún Tribunal podrá aplicar una ley inconstitucional, ni los decretos y reglamentos de administración general, sino en tanto que sean conformes a las leyes".[15]

De los insumos que estamos hablando, para ese momento de la historia dominicana y que parece haber tenido a la mano el constituyente de 1844, son ejemplos del sistema del commun law, donde el fenómeno del precedente vinculante ha tenido un interesante tránsito en el quehacer jurisdiccional. Escenarios tempraneros, como el Caso Bonham, en el que Sir Edward Cook en 1610 dejaba sentadas las bases del poder de los jueces para la revisión judicial de la ley, cuestionarla y hasta anularla; o, más tarde, el planteado por la Corte Suprema del Juez Marshall, en los EEUU, que en su emblemática sentencia Marbury vs Madison, 1803, acreditaba y ponía en práctica el poder que la propia Constitución le otorgaba a los jueces de ser sus aplicadores directos en cuanto ley, que siendo la Constitución la ley suprema, como se auto define[16], sólo requería la intervención de su interprete por excelencia, el juez, para validar tal posicionamiento y servir de control a la labor del legislativo y de los demás poderes estaduales.

En la República Dominicana, luego de aquellos primeros pasos, dando al juez la facultad de control judicial de constitucionalidad, se transita un largo camino de entrada y salida de la facultad de control en la norma constitucional, aunque con esporádicos casos de aplicabilidad. Lo que sí se mantiene como constante en la Carta Sustantiva, es la prohibición de hacer leyes contrarias a la Constitución, con lo que se proclama de forma invariable el carácter de norma suprema y resguardaba la presencia, difusa eso si, de la potestad de los jueces para el control judicial, que más tarde se aventurarían en poner en práctica.

Un ejemplo para destacar, de esos flechazos de sobriedad constitucional en esta media isla, es la reforma constitucional de 1908 dispuso como facultad de la Suprema Corte de Justicia, en su artículo 63, "5º. Decidir en último recurso sobre la constitucionalidad de

[13] FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. 4ta Ed., Trotta, Madrid, 2004. p. 152.

[14] Constitución Dominicana de 1944. Disponible en: https://bomoc.files.wordpress.com/2009/02/constitucion-dominicana-1844.pdf [consulta, 20/06/22

[15] Idem.

[16] Constitución de los EEUU, artículo seis, "2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado". Cato Institute, Washinton, D.C. 2003

las leyes, decretos y reglamentos en todos los casos que sean materia de controversia judicial entre partes [17]"; lo que implicaba una facultad de control concentrado de constitucionalidad, a la vez que incidental. Mandato consagrado, aunque con un impacto efímero en términos prácticos por falta de jurisprudencia al respecto; pero anticipándose, quizás, al importante fenómeno de la Constitución austriaca de 1920, que, de la mano de Hans Kelsen, adquiere una dimensión de corte mundial e impactó el surgimiento y consolidación de los tribunales constitucional al es en los términos que conocemos.

Dentro de estos momentos importantes en que se faculta al juez para juzgar la valides de la ley, destaca la reforma constitucional de 1924[18], en que se establece un control de constitucionalidad igual concentrado, en manos de la Suprema Corte de Justicia (SCJ, en lo adelante), con un doble racero procesal, ya que se podía presentar con carácter incidental, con motivo del conocimiento de un caso, o por vía principal cuando se interpusiera como acción popular en interés de la generalidad. El interés que genera esta reforma es que algunos casos fallados hablan de su carácter funcional y hablan de que los jueces del alto tribunal realizaban los primeros ensayos del cambio cultural, del legiscentrismo del juez del civil law, hacia el juez de control de judicial de ley, del posicionamiento supremo de la Constitución y de su carácter normativo. Se anularon leyes, como la de cierre de comercios en días domingos y festividades religiosas, en la que los jueces entraron en un proceso de ponderación sobre los límites de la intervención reguladora del Estado sobre los derechos fundamentales, estableciendo que su carácter "los hace inaccesibles a la acción de los poderes públicos; y por tanto, el uso de esos derechos es ilegislable[19]". Debemos observar lo contundente que habría de sonar para la época la expresión "ilegislable" en un sistema cuya matriz normativa surgía del sistema de civil law. Pensar en este contexto que, al final de esta primera cosecha de sentencias de control de constitucionalidad de la ley, para 1931 la Suprema Corte de Justicia llegaba a afirmar en su jurisprudencia que "cuando el texto [de ley] dominicano difiere del texto original francés por error en la traducción, debe prevalecer el último. B.J.726.1754"[20].

Entre 1926 y 1930 se generó una actividad jurisprudencial de control de constitucionalidad con unas que otras sentencias que pudieron constituir el inicio de una justicia constitucional funcional[21]; pero, realmente se trató de una labor jurisprudencial de corta data, dado que el gobierno de fuerza de más de tres décadas que se estableció desde la década del 30, hasta 1961, no estaba dispuesto a someterse a un control del poder tan amplio como el generado por el control judicial de constitucionalidad, con capacidad de incidir sobre la validades del cuerpo normativo que se aprobaba a la medida para dar visos de legalidad a sus dictatoriales ejecutorias.

Mucho más prolifera fue la actividad de control judicial de constitucionalidad que se genera a partir de la reforma constitucional de 1994[22]. Aún en manos del Poder Judicial, se restablece el control concentrado de constitucionalidad con atribución de competencia a la Suprema Corte de Justicia, por vía de acción directa. Estas decisiones vienen con la etiqueta de carácter vinculante, con efecto erga omnes, aun cuando la Constitución no lo establecía de forma expresa, dada la consecuente expulsión del sistema de la norma que resulta anulada por la sentencia del alto tribunal.

Con la reforma de 1994, también se produce un rescate de las facultades de control judicial de la ley para los tribunales inferiores del Poder Judicial, que nace del redescubrimiento de la prohibición constitucional de hacer leyes contrarias a la Constitución[23] y empoderamiento de los jueces del carácter normativo de la Carta Sustantiva. Los tribunales del orden inferior toman la salten por el mango, se empoderan como jueces constitucionales y sancionan directamente las violaciones

[17] La Constitución de 1908. Disponible en: http://www.consultoria.gov.do/Documents/GetDocument?reference=5ef6ab45-1ce0-43fe-9031-24443b3bf70d.

[18] Constitución de 1924, art. 61.5, corresponde a la Suprema Corte de Justicia "decidir en primera y única instancia sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos, cuando fueren objeto de controversia entre las partes ante cualquier Tribunal, el cual, en este caso deberá sobreseer su decisión sobre el fondo hasta después del fallo de la Suprema Corte; y, en interés general, sin que sea necesario que hay controversia judicial, cuando se trate de leyes, decretos, resoluciones y reglamentos atentatorios a los derechos individuales consagrados por la presente Constitución".

[19] CASTELLANOS ESTRELLA, Víctor José. Consultor de Jurisprudencia Constitucional Dominicana. Ed. Trajano Potentini, 2005. p. 9. Sentencia citada por el autor es de fecha 30 de abril de 1926, B.J. Nos. 189-190, p. 13.

[20] HEADRICK, William C. Compendio Jurídico Dominicano. 2da. Edición, Editora Taller, Santo Domingo,D.N., 2000, p. 321.

[21] Se tiene registro de unas 15 o 16 sentencias de control de constitucionalidad sobre temas electorales, competencias de los tribunales, leyes que afectaban la libertad de trabajo, ordenanzas municipales, ordenes ejecutivas, entre otros.

[22] Esta reforma de 1994, fruto de la crisis electoral del aquel año, generó importantes cambios, entre éstos se destaca el rescate el control concentrado de constitucionalidad, disponiendo en su artículo 67.1, entre otras competencias, que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia conocer "...de la constitucionalidad de las leyes, a instancia del Poder Ejecutivo, de uno de los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional o de parte interesada".

[23] La prohibición de hacer leyes contrarias a la Constitución ha sido permanente en el texto constitucional desde 1844, hasta la fecha. Así se podía leer, por ejemplo, en la reforma del 2002: "Art. 46.- Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución".

constitucionales, declarando la inaplicabilidad de la norma contraria a la Constitución para el caso que juzgan, por vía del denominado control difuso, aun cuando la Constitución no describía de forma expresa esta facultad. Los efectos de esta modalidad de control, que permite al juez inaplicar la ley por inconstitucional y que también es ajena al sistema del civil law en sus orígenes, son interpartes y para el caso dado, ya que no tienen la capacidad de expulsar la ley del sistema jurídico propiamente dicho.

El cambio más impactante, respecto al precedente vinculante, se produce con la reforma constitucional del 2010, que trae la creación del Tribunal Constitucional, como órgano extra poder que juzga las cuestiones de constitucionalidad, incluidas las sentencias de los órganos del Poder Judicial. Y un sistema en que la Suprema Corte de Justicia heredó la experiencia y facultad de tener la última palabra sobre la verdad jurídica y lo practicó por más de un siglo, no deja de ser complicado que, de repente, le informen que sus decisiones serán sometidas a control por otro órgano jurisdiccional.

3 DEL PRECEDENTE DISUASIVO AL PRECEDENTE VINCULANTE: DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL DE LAS ALTAS CORTES EN REPÚBLICA DOMINICANA

Durante el proceso de reforma, previo a 2010, se escuchaban las advertencias de voces como la del presidente de la Suprema Corte de Justicia de entonces|, que advertía sobre el inevitable "choque de trenes que dejará como consecuencia el desmembramiento del Poder Judicial"[24]. Se trataba de preocupaciones latentes frente al cambio de paradigma por el impacto transformador del esquema judicial conocido hasta el momento, donde la Suprema Corte de Justicia tenía la última palabra y, de repente, tendría que compartir esa importante atribución con otros órganos e, incluso, estar sometida a control de revisión del TC.

Y los conflictos no se hicieron esperar; pero, previamente se debe aclarar que, ante el otorgamiento de facultad de revisión de las decisiones judiciales [25]que se le otorgó al TC, el constituyente del 2010 introdujo un mandato de reconocimiento de cosa juzgada y firmeza, a todo lo resuelto en última instancia previo a la entrada en vigencia de la reforma. Así dispuso que (Artículo 277.- Decisiones con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada) "[t]odas las decisiones judiciales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, especialmente las dictadas en ejercicio del control directo de la constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, hasta el momento de la proclamación de la presente Constitución, no podrán ser examinadas por el Tribunal Constitucional y las posteriores estarán sujetas al procedimiento que determine la ley que rija la materia". Sobre el ámbito de protección que se plantea en este texto, ha indicado el juez Valera Montero (2020), "que la cosa juzgada constitucional o absoluta es propia de las sentencias estimatorias, no de aquellas que desestiman la acción directa de inconstitucionalidad".[26]

Los otros escenarios de competencia que tiene el TC, vienen establecidos en el artículo 185 de la Constitución. En su rol de control legislativo y de los distintos órganos de producción normativa (art. 185.1), tiene competencia para "las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas [...]". En el marco de las capacidad del Estado para obligarse respecto a los acuerdos internacionales (una actividad que da mayor sentido a la aplicabilidad del artículo 27 de convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) el artículo 85.2 le acredita la competencia para "el control preventivo [de constitucionalidad] de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo"; actividad jurisdiccional que condiciona la continuidad del proceso de ratificación interna del tratado internacional, impidiendo que sea sometido a ratificación el tratado viciado de inconstitucionalidad, mientras subsista el vicio. Además, es competente el TC (art. 85.3) para resolver los conflictos de competencias entre los órganos de la administración pública.

En cualquiera de los casos de competencia, las decisiones que tome el TC están revestida de la condición de constituirse en mandatos normativos; así lo dispone el artículo 184 CD, al consagra que "[s]us decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado". Quizás aquí sea oportuno recordar, dado el inusitado poder que se la ha otorgado a este órgano, lo dicho por el juez Jackson, en su voto concurrente en el caso Brown v. Allen [344 U.S. 443-540 (1953)], como frase lapidaria de advertencia para racionalizar y administrar con prudencia el poder que se le ha otorgado, «"we are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final" [Los jueces del Tribunal Supremo no somos los últimos porque seamos infalibles, sino que somos

[24] LISTIN DIARIO. "Subero advierte reforma causaría 'choque de trenes'. Disponible en: https://listindiario.com/la-republica/2009/01/08/86930/subero-advierte-reforma-causaria-choque-de-trenes [consulta: 01/06/22]

[25] 5 Dispone el art.

[26] VALERA MONTERO, Miguel. "El Artículo 277, entre la revisión constitucional de decisión jurisdiccional y la acción directa de inconstitucionalidad". En Anuario 2019 del Tribunal Constitucional. Editorial Buho, Santo Domingo, 2020. P. 124

infalibles por ser los últimos] [27]». El llamado de autorreconocimiento de sus amplios poderes, y autocontrol de sus facultades, aplica bien para un órgano que, como un Tribunal Constitucional, debe ser lo suficientemente valiente como para controlar el poder y evitar que se pongan en riesgos los derechos fundamentales, al tiempo que debe medir con precisión milimétrica el alcance de sus decisiones en cuanto se convierten en ley aplicable y ejecutable con alcance vinculante erga omnes.

Importa destacar en este punto, la tipología de las sentencias que dicta un órgano cuya insignia distintiva es el carácter vinculante. Recordar previamente, que el marco del sistema del civil law hemos estado acostumbrado a una clasificación simplista de sentencias declarativas y sentencias constitutivas (siendo las primeras, aquellas que se limitan a declara la existencia de un derecho o una situación jurídica preexistente[28]; y, las segundas, aquella que "crea una situación jurídica, sea modificando un estado de cosa anterior, sea aboliéndolo, sea sustituyéndolo por otro[29]"). Así como sentencias definitivas y previas, contradictorias y en defecto, preparatorias e interlocutorias, entre otras.

En cambio, respecto a lo anterior, la dinámica en la tipología de las sentencias constitucionales nos lleva a otras denominaciones de las decisiones, vinculadas a los mandatos, acciones y obligaciones que deben generar para surtir efectos. El artículo 47 de la ley orgánica del TC y de los procedimientos constitucionales (L. 137-11) identifica dentro de estas, las sentencias Interpretativas, las que divide en, interpretativas de desestimación o rechazo e interpretativas aditivas; también enumera el texto, las sentencias exhortativas; y, dispone, además, que el TC puede dictar "cualquier otra modalidad admitida en la práctica constitucional comparada".

La Suprema Corte de Justicia, como órgano de máxima jerarquía del Poder Judicial, tuvo hasta el año 2010 la última palabra a nivel jurisdiccional y su jurisprudencia, conforme al fin unificador de la interpretación legal, constituía el referente último en dos direcciones, como precedente disuasivo en las sentencias como Corte de Casación y, en sus atribuciones de control de constitucionalidad, como precedente vinculante. Pero con la reforma constitucional del 2010 y la instauración del TC, el mundo de ese órgano supremo, al que correspondía la tarea por antonomasia de casar y enviar los casos a los órganos judiciales inferiores, cambió; aún cuando conserva la última palabra en materia de casación, pasó a ser un eslabón sometido a control por vía de revisión constitucional de sus decisiones ante el TC y, por demás, también ve limitada su capacidad en materia de control de constitucionalidad, quedando solo con la facultad de control difuso. Y, obviamente, en el tema de control por vía de revisión, cada sentencia que le es revocada, lleva consigo alguna observación de parte del órgano revisor respecto a las situaciones que llevaron a su revocación; lo que, para un órgano que tradicionalmente era el último en la cadena, no resultó en un cambio de aceptación pacífica; materializándose de cuando en vez, el anunciado choque de trenes en la interpretación jurídica.

El TC entró en operaciones en el año 2012, tras la escogencia de sus jueces a finales del año anterior; y temprano inició el proceso de confrontación entre las dos altas cortes, cuando en sentencia TC/0009/13, se le reprochaba a la SCJ incurrir en falta de motivación al dictar una resolución de inadmite un recurso de casación por no cumplir las condiciones fijadas por la ley para el ejercicio de dicho recurso[30]. Le reprochó el TC, a la SCJ (F.J. 9,C, c)

> c) Que en el contexto de la Resolución objeto de revisión constitucional, no se disciernen con suficiente claridad los motivos que indujeron a la Suprema Corte de Justicia a negar la falta de tipificación de todos los supuestos previstos por los citados artículos 425 y 426.

Agrega el TC, una suerte de preocupación, al indicar

> d) Que esa circunstancia induce a que este Tribunal Constitucional proceda a fijar el alcance del compromiso que tienen los tribunales de dictar decisiones motivadas como parte de la sujeción a la garantía constitucional del debido proceso.

Y cierra su línea argumentativa con lecciones de motivación que, en un adecuado ejercicio de soft law, recoge de la decisión de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos sobre el Caso Apitz Barbera y otros c. Venezuela, de 2008; y, por demás, listando una serie de criterios a tomas en cuenta para la adecuada motivación.

[27] ORDOÑE SOLÍS, David y otros. El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales en una Sociedad Democrática. 2. ed., Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, DN, 2018, p. 1.

[28] TAVAREZ, Froilan (hijo). Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano. v. II. Editora Centenario, Santo Dominigo, 2000, p. 376.

[29] Ob. Cit. p. 377

[30] La motivación acreditada por la SCJ en la Resolución No. 830-2012, para inadmitir el recurso de casación, en síntesis, planteaba lo siguiente: a) "(...) que de la aplicación combinada del Artículo 425 y de los numerales 1 y 2 del Artículo 426 del Código Procesal Penal, en materia penal el recurso de casación sólo es admisible contra las sentencias que imponen condenaciones a una pena privativa de libertad mayor de 10 años o cuando el fallo rendido por una Corte de Apelación sea contradictorio con un fallo anterior de ese mismo tribunal o de la Suprema Corte de Justicia"; y b) Que, "se está en presencia de un recurso de casación contra una sentencia en la cual no se verifican ninguno de los supuestos previstos por los Artículos 425 y 426 del Código Procesal Penal para admitir el recurso de casación; por lo que procede declarar inadmisibles los recursos de casación de que se trata".

El otro elemento que se suma es que la SCJ, conforme a la dinámica procesal del recurso de revisión constitucional de sentencia, recibe del TC la decisión revocada para que juzgue de nuevo conforme a los criterios fijados por el TC; esto, obviamente produce una reacción de rechazo inicial. Pero, para el caso en comento, le otorgó a la SCJ entrar en un dialogo con el TC respecto a los criterios de motivación; apuntando en la sentencia de respuesta, dictada el 14 de marzo[31] de 2013, que,

> Considerando: que, a juicio de estas Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia es preciso determinar, antes de asumir la decisión que corresponde, cuál es el test motivacional que requiere una resolución como la de la especie; Considerando: que en efecto, si bien es cierto que, según el Artículo 24 del Código Procesal Penal, los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación y que el incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código; no es menos cierto que la suficiencia de motivación dependerá de la complejidad de cada caso concreto y del alcance de la controversia; [...] que determinadas resoluciones requerirán de una motivación reforzada, mientras que en otras bastará con una motivación sucinta, tal sería el caso de la presente resolución, la cual sólo debe comprobar si se dan los presupuestos procesales derivados de las cuestiones puramente objetivas que se desprenden del contexto de los artículos precitados; [el subrayado es nuestro].

Luego de una motivación sobre la motivación más o menos extensa, la SCJ termina concluyendo, inadmitiendo el recurso de casación, bajo los mismos fundamentos y sucintamente en esa parte, que en la decisión que le fue revocada.

En pero, a pesar del escarceo producido por los reproches del TC, la SCJ ha pasado a asumir los criterios sobre motivación planteados por la sentencia del TC y reproduciendo en su motivación[32] los criterios fijados, asumiendo el precedente vinculante.

Otras decisiones han generado ese dialogo, no siempre armonioso, entre las dos altas cortes; sobre todo cuando el TC decide orientar su ámbito de apreciación hacia la cuestiones de hecho y de mera legalidad que son más bien atribuciones de los órganos del Poder Judicial, tal y como se aprecia en la sentencia TC/0150/17, en que el alto tribunal de constitucionalidad entra en la ponderación de la fijación del monto de una indemnización, sobre la base de falta de motivación en relación a la proporcionalidad de la indemnización y los daños causados.

En este orden entran de nuevo en dialogo jurisprudencial la SCJ y el TC en relación al caso, en cuya sentencia de respuesta, que resuelve la remisión del caso mediante sentencia núm. 19, del 30 de agosto de 2017, y que rechaza nueva vez el recurso con una simple ampliación argumentativa, pero básicamente sobre la misma fundamentación jurídica anterior. No desaprovecha la ocasión la SCJ para recordar que, "conforme al artículo 54.9 de la Ley núm. 137-11, "La decisión del Tribunal Constitucional que acogiere el recurso, anulará la sentencia objeto del mismo y devolverá el expediente a la secretaría del tribunal que la dictó"; que con la anulación de la sentencia núm. 36, dictada el 13 de febrero de 2013, por esta Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, el presente recurso de casación se retrotrae al mismo estado de procedimiento en que se encontraba antes de que se emitiera dicha decisión, es decir, en estado de recibir fallo, por lo que procede emitir una nueva sentencia respecto del mismo en consonancia con lo decidido por el Tribunal Constitucional, en razón de que el criterio de dicho tribunal con relación a ese punto se nos impone como tribunal de envío, en virtud del artículo 184 de la Constitución [...]; así como el artículo 54.10 de la Ley núm. 137-11 [...] que dispone que:

> El Tribunal de envío conocerá nuevamente del caso, con estricto apego al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en relación al derecho fundamental violado o en relación a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada por la vía difusa.

Sumamente interesante resulta el análisis que publica el profesor Cristóbal Rodriguez[33] sobre otros escenarios de confrontación entre la SCJ y el TC, en los que se advierten mutuamente, por vía de un dialogo jurisprudencial, las situaciones de desacuerdos. Destaca el profesor Rodriguez Gómez que "...trascendió a la opinión pública el contenido de la sentencia SCJ-PS-22-0092, dictada por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia. En la página 9 de su decisión, la Suprema Corte anuncia una determinación: la de inobservar el precedente del TC contenido en la sentencia TC/0298/20[34]:

> Conviene destacar como cuestión propia de las vías de recursos, que la Corte de Casación francesa ha juzgado que 'Las vías de recursos habilitados en función de la decisión que se cuestiona están determinadas por la ley en vigor al día en que ella ha sido rendida', cuyo criterio asumimos para el caso que nos ocupa.

[31] Boletín Judicial (B.J.) núm. 1228. Sentencia del 14 de marzo de 2013

[32] Ver sentencia núm. 39, del 16 de mayo de 2016, B.J. 1266, p. 1393

[33] RODRIGEZ GÓMEZ, Cristóbal. El Tribunal Constitucional y su choque con la SCJ - Diario Libre. [Consulta: 30/06/2022]

[34] Ingnacio de Oto nos advierte en su obra, Derecho Constitutucional: sistema de fuentes (pág. 284), las distintas aristas del rol de los jueces en la creación del derecho; sobre todo en esos escenarios en adoptas posiciones legislativas negativas, y también positivas.

CONCLUSIÓN

Como se puede observar múltiples son los ejemplos que se puede continuar destacando de ese escenario de diálogo jurisprudencia entre las altas cortes; cada una fijando sus criterios de interpretación y defendiendo sus espacios competenciales. Lo que necesitaríamos es que ese diálogo escale al fortalecimiento del Estado de Derecho y contribuya cada día más a la protección de los derechos fundamentales, que no sea simple de ego y defensa de potestades para mostrar músculos. Aspirar que los bien definidos contornos de las respectivas competencias, de una y otra corte, se establezcan con la mayor claridad posible. En verdad, desde el punto de vista institucional, no necesitamos una SCJ en rebeldía con el precedente vinculante; pero mucho menos necesitamos un TC que invada las competencias de los órganos del Poder Judicial, porque allí podría morir de éxito al abrir un espacio demasiado amplio.

REFERÊNCIAS

Boletín Judicial (B.J.) núm. 1228. Sentencia del 14 de marzo de 2013.

CASTELLANOS ESTRELLA, Víctor José. Consultor de Jurisprudencia Constitucional Dominicana. Ed. Trajano Potentini, 2005.

REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de 1924. Disponible en: http://www.consultoria.gov.do/Documents/GetDocument?reference=098e551d-aed3-42fa-be34-50004b3c9b8e. Consulta em: 12 ago. 2022.

REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de 1994. En: http://www.consultoria.gov.do/Documents/GetDocument?reference=e7a0a320-3f85-46dd-9573-2d9590e6df19. Consulta em: 12 ago. 2022.

ESTADOS UNIDOS. Constitución de los Estados Unidos de América. Cato Institute, Washinton, D.C. 2003.

REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución Dominicana de 1944. Disponible en: https://bonoc.files.wordpress.com/2009/02/constitucion-dominicana-1844.pdf. Consulta em: 12 ago. 2022.

DE OTO, Ingnacio. Derecho Constitutucional: sistema de fuentes. Ariel Derecho, Barcelona, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

HART, Michael; NEGRI, Antonio. Tradução: Eduardo Sadier. Massachussets: Ed. Harvaed University Press, 2000.

HEADRICK, William C. Compendio Jurídico Dominicano. 2. ed. Santo Domingo: Editora Taller, 2000.

Jurispruedencia. En: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2460/4.pdf [consulta: 24/05/22], citando el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen Tercera Parte CXXIX.

REPÚBLICA DOMINICANA. La Constitución de 1908. Disponible en: http://www.consultoria.gov.do/Documents/GetDocument?reference=5ef6ab45-1ce0-43fe-9031-24443b3bf70d. Consulta em: 12 ago. 2022.

Ley núm. 3726-53, Sobre Procedimiento de Casación.

LISTIN DIARIO. Subero advierte reforma causaría 'choque de trenes. Disponible en: https://listindiario.com/la-republica/2009/01/08/86930/subero-advierte-reforma-causaria-choque-de-trenes. Consulta em: 12 ago. 2022.

MAGALONI KERPEL, Ana Laura. El Precedente Constitucional en el Sistema Judicial Norteamericano., Madrid: Mc Graw Hill, 2001.

McLUHAN, Marshall. The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man. 1962. Disponible en: http://www.ocopy.net/wp-content/uploads/2017/10/mcluhan-marshall_the-gutenberg-galaxy-the-making-of-typographic-man.pdf. Consulta em: 12 ago. 2022.

BARON DE, Montesquiau. Del Espíritu de las Leyes. Trad. Mercedes Blázquez y Pedro Vega. 5. ed. Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

ORDOÑE SOLÍS, David y otros. El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales en una Sociedad Democrática. 2. ed, Escuela Nacional de la Judicatura, Santo Domingo, DN, 2018.

PRIETO SANCHÍS, Luís. El Constitucionalismo de los Derechos: ensayos de filosofía jurídica. Trotta. Madrid, 2013.

REY CANTOR, Ernesto. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos.México: Porrúa, 2008.

RODRIGEZ GÓMEZ, Cristóbal. El Tribunal Constitucional y su choque con la SCJ - Diario Libre. Consulta em: 12 ago. 2022.

Sentencia núm. 39, del 16 de mayo de 2016, B.J. 1266.

TAVAREZ, Froilan (hijo). Elementos de Derecho Procesal Civil Dominicano. V. II. Editora Centenario, Santo Dominigo, 2000.

Tribunal Constitucional dominicano. SENTENCIA TC/0150/17.

VALERA MONTERO, Miguel. El Artículo 277, entre la revisión constitucional de decisión jurisdiccional y la acción directa de inconstitucionalidad. En Anuario 2019 del Tribunal Constitucional. Santo Domingo: Editorial Buho, 2020.

“FICA EM CASA” - UM ELO ENTRE MÚLTIPLAS VOZES

"STAY AT HOME" - A CONNECTION BETWEEN MULTIPLE VOICES

Daniel Blume Pereira de Almeida [1]

O presente artigo é um recorte da pesquisa realizada na UAE, em Direito Civil e Administrativo Comparado, sob o título Omissão Legislativa e Covid-19: Responsabilidade Civil do Estado no Direito português comparado ao Brasileiro. Versando sobre a Responsabilidade Civil do Estado Por Omissão Legislativa, a teoria sobre Responsabilidade Civil foi aplicada ao caos pandêmico que privou os cidadãos do ir e vir social, ecoando no mundo inteiro a ordem/ orientação Fica em Casa. Primeiro porque o contato social colocava em risco o cidadão diante da iminência do contágio pelo Coronavírus; depois porque, contaminado que ele fosse, o sistema público de saúde não garantia atendimento, por causa do colapso de sua capacidade. A pesquisa colocou esse enunciado "Fica em Casa" no centro da análise metodológica, sob a ótica da Linguística Cognitiva, como método de análise.

Palavras-Chave: Estado; Responsabilidade Civil; Direitos Humanos; Omissão; Cognição.

[1] Mestre em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa; Procurador do Estado do Maranhão; Conselheiro Federal da OAB. Representante da OAB junto ao CNJ. Membro da Academia Maranhense de Letras e da Academia Ludovicense de Letras. E-mail: danielblume@gmail.com.

This article is an excerpt of the research carried out at UAE in Comparative Civil and Administrative Law, under the title Legislative Omission and Covid-19: Civil Liability of the State in Portuguese Law compared to Brazilian Law. Focusing on the Civil Liability of the State by Legislative Omission, the theory of Civil Liability was applied to the pandemic chaos that deprived citizens of social coming and going, echoing the Stay-at-Home order / orientation worldwide. First, because social contact put the citizen at risk in the face of the imminence of contagion by the Coronavirus; secondly, because, in case the individual was contaminated, the public health system did not guarantee care, due to the collapse of its capacity. The research placed the Stay-at-Home statement at the center of the methodological analysis, from the perspective of Cognitive Linguistics, as a method of analysis.

Keywords: State; Civil Liability; Human Rights; Omission; Cognition.

INTRODUÇÃO

A Pandemia do Covid-19, só agora, com a vacina, está sendo atenuada. Mas suas marcas, jamais. Falo de mortes e de seus reflexos. Ficar ou não em casa fazia parte das decisões rotineiras de cada pessoa e passou a fazer parte da condição diária de todos, em tempos pandêmicos, desde que se tornou um imperativo nos quatro cantos do mundo. Era 2020. Pesquisava na Universidade Autônoma de Lisboa a responsabilidade civil por omissão legislativa. O conceito de responsabilidade despertou meu interesse em analisar as vozes[1] corresponsáveis por aquele imperativo, para, a título de identificá-las, investigar se havia, nessa ordem, a voz estatal no silêncio da legislação ainda não produzida. Segui por caminhos cognitivos para encontrar o fio da responsabilidade por omissão legislativa em tempos da pandemia do coronavírus.

Apliquei o Modelo dos Espaços Mentais proposto por Fauconnier[2] e analisei o enunciado "Fica em casa", considerando-o sob o conceito de polifonia. Selecionei primeiramente os âmbitos com os quais seriam organizados os construtos pelo processo cognitivo para, aplicada a noção de domínios (conjunto de conhecimentos estruturados de forma estável) e de locais (espaços mentais da cognição), poder realizar a integração e a projeção entre eles.

1 SOBRE A METODOLOGIA DE ANÁLISE

"Fica em casa" sob a luz da cognição[3] é a leitura desse enunciado sob muitas perspectivas intencionais: poderia ser enunciado em diálogos entre familiares, entre médico e paciente, entre amigos, entre casais; em caso de ameaça de chuva, para garantir uma surpresa e em tantas outras situações corriqueiras.

Neste caso específico de análise, há uma voz imperativa pública em situação de pandemia. Foram selecionados, a partir daí, dois âmbitos rumo à captura da responsabilidade, buscando a causalidade na integração do âmbito da saúde com o âmbito do Direito. Percebi que "Fica em casa", um enunciado tão da ordem privada, poderia assumir outro patamar de sentido. Passar a ser analisado sob uma perspectiva sociopolítica.

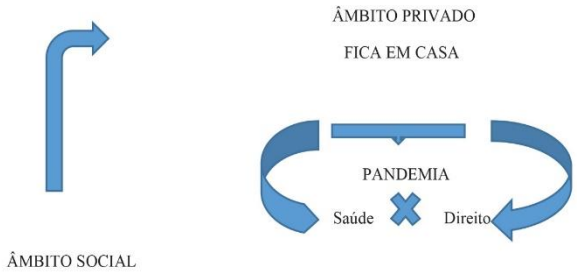
E, no momento em que se fala de direito, por exemplo, mesmo com base no senso comum, se esse termo não estiver ancorado num determinado âmbito, o sentido é apenas um potencial, uma hipótese de existir. "Fica em casa" provocou a seguinte pergunta: de quem parte esse imperativo e para quem? É possível interpretá-lo sob o conceito de responsabilidade civil e de omissão legislativa? Onde se ouve a voz do Estado? Do Direito? Da sociedade? Do sistema de saúde? Da humanidade?

Neste artigo há o cruzamento dessas vozes no âmbito do Estado (responsabilidade civil), do Sistema de Saúde (responsabilidade pública de serviços de saúde), do cidadão (vitimizado), da humanidade (em crise), no universo pandêmico. "Fica em casa" passou a ser tratado como um enunciado, segundo Bakhtin (1981) sobre o conceito de dialogismo e polifonia: o elo em uma interminável cadeia de comunicação, a partir da qual infindáveis vozes podem ser ouvidas.

2 EXPOSIÇÃO ESQUEMÁTICA DA ANÁLISE

Apresento o processo de cognição, como síntese, em gráficos e suas interpretações:

Figura 1 – Processo de cognição



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Para o âmbito social da saúde, tem-se o domínio estável, conjunto de conhecimentos estruturados sobre a pandemia da Covid-19: conceito, principais características do vírus, ou seja, dados do conhecimento disponibilizados pelas ciências biológicas e da saúde.

Sobre o domínio estável da Covid-19, a folha da OPAS/OMS informa que há sete coronavírus humanos (HCoVs), entre eles: o Sars-Cov da síndrome respiratória aguda grave; o Mers-Cov da síndrome respiratória do Oriente Médio, e o Sars-Cov-2 da doença Covid-19. Esta é a denominação da doença infecciosa causada pelo coronavírus, detectado inicialmente em Wuhan, na China, em dez. 2019. Seu período de incubação é de um a quatorze dias. Possui como sintomas febre, cansaço e tosse seca. Alguns podem ter dores no corpo, congestão nasal, coriza, dor de garganta ou diarreia. Outras pessoas são assintomáticas. Uma entre seis não desenvolve síndrome respiratória grave. Oitenta por cento dos

[1] O conceito de vozes se inspira, para este artigo, em BAKHTIN, Mikhail. Problemas da poética de Dostoiévski. Rio de Janeiro: Ed. Forense-Universitária, 1981.

[2] FAUCONNIER, Gilles – Mental Spaces. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. ISBN 978-05-21-44499-6.

[3] Cognição, conceito da Linguística Cognitiva, baseado emLAKOFF, George & JOHNSON, Mark.Universityof Chicago Press, 1980.

acometidos pela Covid-19 se recuperam sem tratamento especial. A doença se espalha das pessoas que têm o vírus, por meio de pequenas gotículas do nariz ou da boca, quando alguém acometido tosse, espirra ou fala. Os pacientes precisam ser isolados até que dois testes tenham resultado negativado, em um intervalo de vinte e quatro horas.[4]

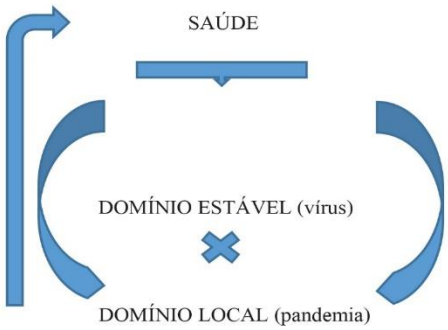
Infelizmente, de início, ainda não havia medicamento nem vacina comprovada contra a doença Covid-19. Para prevenção, era indicado lavar as mãos com água e sabão, ou usar higienizador à base de álcool. Foi comum a utilização do álcool em gel e manter a distância de, pelo menos, um metro das outras pessoas, além de evitar tocar nos olhos, nariz e boca. As medidas foram as mesmas para prevenir problemas respiratórios, como usar máscaras, observando os cuidados necessários para eliminar os meios de transmissão.

Sobre os domínios locais da Covid-19, desde 30 jan. 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, considerando o surto do mais alto nível de alerta previsto no Regulamento Sanitário Internacional[5].

Pouco tempo depois, em 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada como pandemia pela mesma OMS, vez que atingiu 156 países, em sua maioria europeus, oportunidade em que o diretor-geral da OMS convocou um comitê de especialistas. Os casos confirmados no mundo, até 23 de abril de 2020, atingiram o total de 2.544.792, com o acréscimo de 73.657 novos casos em relação ao dia anterior. Foram 175.697 mortes, com 6.689 novos óbitos em relação ao dia anterior. E tais números só aumentavam.

Com esteio nos domínios locais acima listados, especialmente no espaço mental da pandemia, passa-se a saber acerca da atual realidade mundial pela disseminação da Covid-19, conforme o gráfico a seguir.

Figura 2 – Covid-19, realidade mundial

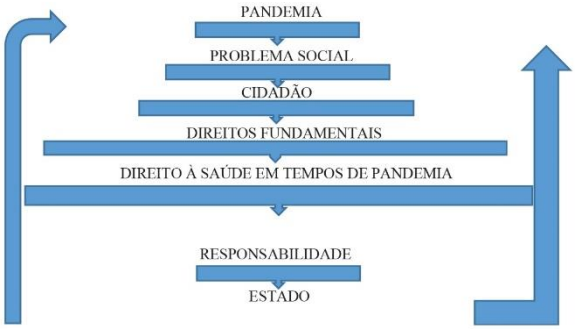


Fonte: elaborado pelo autor (2022).

É importante observar que o esquema acima é um construto inicial limitado a um nível de cognição que mostra apenas o extraordinário do problema de saúde pública: exorbitante número de contaminados, de internados, de mortes, de covas, inferido pelo conhecimento prévio que se tem sobre pandemia de um vírus que provoca a doença Covid-19.

Só que, ao mesmo tempo, o termo pandemia opera, neste caso, como um gatilho (*trigger*) para referir-se a um alvo (*target*), localizado em outro espaço mental: a sociedade, não propriamente uma cidade, um estado, um país, uma comunidade transnacional, mas o mundo, o globo. A expressão problema social de saúde pública dispara tal gatilho para cidadão, Direito, humanidade, garantias, direitos fundamentais, responsabilidade e Estado, além de estabelecer a projeção entre duas áreas: a da Saúde Pública e a do Direito.

Figura 3 – Expressão problema social de saúde pública, desmembramentos



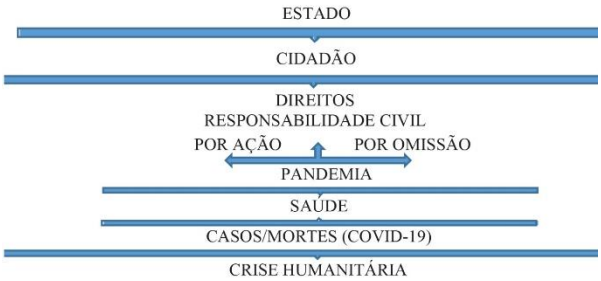
Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Caso o processo de cognição analisasse a pandemia do coronavírus apenas na saúde, o construto abarcaria os sintomas, o médico, o hospital, a gravidade da doença, a profilaxia, o risco de morte, o sofrimento das famílias, a perda, dentre outras. Como as mortes são em escalas assustadoras, não só pela doença, mas pela falta de leitos, de respiradores, de vacina, de medicamentos, de profissionais da área de saúde, de máscara, dentre outros, pressupõe-se que falta infraestrutura de toda ordem e que a responsabilidade passa a ser imediatamente exposta por um suposto não-fazer que repercute concretamente na pressuposição de um fato omissivo. Veja-se que para a responsabilidade civil ser capturada, o processo cognitivo precisa atravessar a omissão. Ou seja, o problema de saúde pública cobra a responsabilidade civil e desmascara a omissão: aquilo que o Estado não fez (ou fez insuficientemente), mas que produz efeitos. A análise articula o cenário social de crise à responsabilidade e retorna para o que não foi feito pelo

[4] OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. Folha Informativa Covid-19Escritório da OPAS e da OMS no Brasil.
[5]Disponível: www:https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875 (acesso 24 de abril de 2020, 9:36) [atualizada em 23 de abril de 2020].

Poder Legislativo, o que favoreceu não ter sido feito também pelo Poder Executivo, ocasionando, em hipótese, o *quantum* indenizatório pelo dano.

Figura 4 – Responsabilidade civil, problema de saúde pública



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

O esquema acima manifesta quão central é a responsabilidade civil que pode ser ocasionada também pela omissão. O domínio estável desse conceito, que é do âmbito do Direito, onde a questão pandêmica é projetada, encontra-se em ALMEIDA (2021)[6], publicação resultante da pesquisa de mestrado realizada na Universidade Autônoma de Lisboa. Ou seja, temas que versam sobre a constitucionalidade da responsabilidade civil do Estado e das entidades públicas, por ação ou omissão, quando do exercício de suas funções.

Aos serem buscados os domínios estáveis dessa relação entre os implicados na pandemia, observei que a mesma responsabilidade civil incide sobre a garantia dos direitos à dignidade humana nos domínios mais diversos da existência, precisando cada país manifestar constitucionalmente as prerrogativas da Declaração Universal dos Direitos Humanos.[7] Nesse documento está declarado, inclusive, que todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

Observando os incisos I e VI do artigo 19 da Constituição da República Portuguesa, por exemplo, o exercício dos direitos, liberdades e garantias apenas pode ser suspenso em caso de estado de sítio, ou de estado de emergência. Porém, em nenhuma hipótese, essa declaração do estado de emergência, que é o caso particular da pandemia do coronavírus, pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania. Da mesma forma, não pode afastar a posterior responsabilização do Estado, se o futuro mostrar que as medidas estatais legislativas foram insuficientes ou insatisfatórias, até porque o estado de exceção tende a gerar danos.

Repisa-se que o legislador não pode eximir-se do dever de elaborar as normas pelas quais os direitos e as garantias constitucionais tornam-se exequíveis, em especial quando se fala de vida e saúde humanas. Portanto, na espécie, pode haver responsabilização estatal, se presentes os seus consabidos pressupostos, a saber: o fato jurídico consubstanciando em uma omissão legislativa relevante ou qualificada; a ilicitude legislativa por ofensa do dever de agir imposto pela Constituição ao legislador, em prejuízo de bens jurídicos protegidos por normas de direitos fundamentais, justamente por não ter o serviço público atuado para evitar a produção de danos ao longo da pandemia, dentro do razoável, exigível e possível; a culpa do legislador que deveria e poderia ter aprovado normas para atenuar ou mesmo contornar as consequências pandêmicas; o dano anormal que ultrapassa os custos próprios da vida em sociedade, ainda que em períodos de restrições excepcionais; e o nexo causal entre o dano e a omissão legislativa, se a promulgação da lei ausente (ou deficiente) evitasse (ou arrefecesse) o mal específico.

Ocorre que, no Século XXI, há princípios plenamente aplicáveis que regem as relações entre Estado e cidadãos, que devem ser levados em consideração pelos três poderes estatais, à luz do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, razão pela qual não há concessões constitucionais no que toca às garantias dos referidos direitos fundamentais, mesmo em estado de exceção ou emergência decorrente destes tempos maus da Covid-19.

De acordo com a chefe do Poder Executivo da União Europeia, Ursula von der Leyen, sequer há, atualmente, legislação suficiente que aborde diretamente o espetáculo pandêmico de uma crise humanitária, de onde decorre a dificuldade que a União Europeia[8] tem enfrentado para exercitar a solidariedade comunitária, nestes tempos maus. A seguir, a imagem gráfica do problema:

6 Almeida, Daniel Blume Pereira de. Omissão legislativa e Covid-19: responsabilidade civil do estado no direito português comparado ao brasileiro. Lisboa: LEGIT EDIÇÕES, 2021.

7 ONU. Organização das Nações Unidas – Declaração Universal dos Direitos Humanos. [Em linha]. Rio de Janeiro, jan. 2009. [Consult. 23 jul. 2019]. Disponível em: WWW:https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf.

8 PINTO, Ana Estela de Souza – Sob pandemia, Europa fecha portas, protege mercados e rediscute união. [Em linha] Folha de S.Paulo. São Paulo, 1º abr. 2020. [Consult. 23 maio 2020]. Disponível em WWW:https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/sob-pandemia-europa-fecha-portas-protege-mercados-e-rediscute-uniao.shtml.

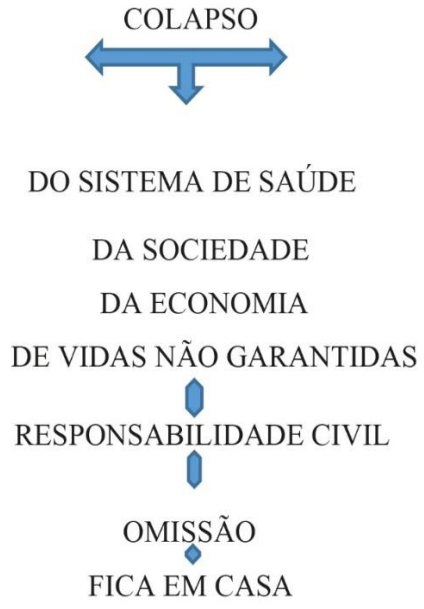
Figura 5 – Crise humanitária decorrente da pandemia

Fonte: elaborado pelo autor (2022).

O termo colapso é uma metáfora para a projeção da realidade social caótica. Foi um termo muito empregado, no momento, pelos da área saúde. Dizia respeito a um evento fatal e súbito, uma projeção que a voz do sistema público de saúde realizou com frequência para justificar a quarentena, cuja necessidade se manifestava pela repetição incessante do enunciado "Fica em casa", de onde se entendeu ser uma exigência pública da qual se pressupunha ser preciso o isolamento social para que o sistema de saúde não se esgotasse, quando, talvez, já estivesse esgotado antes do episódio pandêmico.

Infelizmente, o sistema de saúde não estava garantindo esse direito a todos os cidadãos, nem em tempos de normalidade, já que não havia leitos suficientes, nem respiradores, nem profissionais da área da saúde, nem remédio para todos, enquanto a vacina era aguardada. O colapso aconteceu.

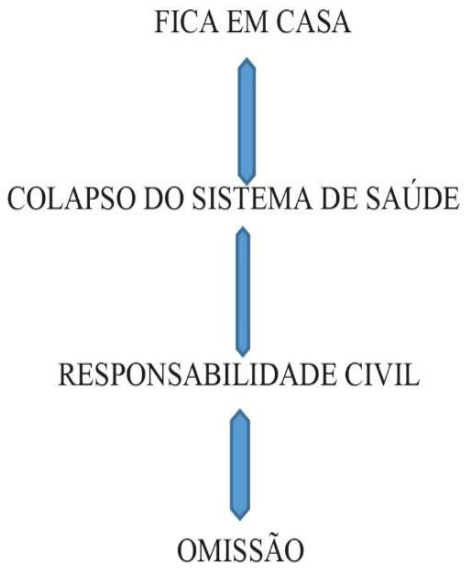
Figura 6 – Direito à saúde, sistema de saúde, colapso



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

O esquema anterior é um dos construtos para se chegar ao sentido do enunciado "Fica em casa". Invertendo, tem-se o sentido sociopolítico:

Figura 7 – "Fica em casa", sentido sociopolítico



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Lendo o gráfico acima: todos tiveram que se trancar em casa por causa do agravamento do colapso do sistema de saúde, consequência da responsabilidade civil. Havia omissão legislativa para aquela situação de uma sociedade vitimizada pelo caos. Esta é uma discussão que não se esgotaria nesta pesquisa e que marcaria a sua continuidade, porque o suprimento das carências sanitárias exigidas pela pandemia e o desmascaramento da desigualdade social em tempos de crise aguda, colapsa também o sistema econômico, outro âmbito a ser discutido em outras investigações ou em outros construtos. A projeção pandêmica no âmbito econômico mudaria o rumo deste construto. Nossa projeção de interpretação do enunciado "Fica em casa" priorizou o domínio social do Direito.

Segundo Boaventura de Sousa Santos[9], a pandemia testa a solidariedade. Pandemia significa, sociopoliticamente, todo o povo e, ao mesmo tempo, provoca uma comoção mundial, para além de transnacional. É um momento em que a carência mundial se manifesta. Impossível falar de um distanciamento social e de quarentena, sob a ordem pública do "Fica em casa", enquanto milhares não têm as garantias necessárias para fazê-lo. A exemplo, o campo de Moria, na Grécia, onde ficam refugiados e imigrantes, com uma torneira de água para 1300 pessoas e falta sabão. Santos chama de a Europa invisível, que se contrapõe à transparência do vírus que empalidece a luz dos mercados. A realidade pandêmica faz aparecer tudo o que está oculto, escondido, inclusive as consequências do que não foi feito, pensado, escrito, legalizado, diante de medo e morte. Medo da morte, caos que elimina a particularidade das pessoas. É o resultado da guerra entre os homens e o coronavírus.

Diante da ordem pública, transnacional, existe o reino das consequências e efeitos das omissões estatais. Diante da ausência de garantias aos cidadãos fica evidente que os sistemas de saúde não estavam prontos para enfrentar a pandemia. Seria, sob a visão de Santos, um Estado de exceção antidemocrático, pois a quarentena faz transparecer a desigualdade, a discriminação dos menos favorecidos, a situação dos trabalhadores informais, a situação daqueles que não têm onde se abrigar e dos 25% da população mundial que vivem sem a infraestrutura necessária à vida digna apregoada pela declaração dos direitos fundamentais.

Questiona-se a quem cabe também a responsabilidade de garantir a quarentena a todos os cidadãos. Sem garantia, a quarentena, segundo o mesmo autor, reforça a visibilidade da obrigação não cumprida em tempos de crise. A pandemia do coronavírus não mata indiscriminadamente, porque atinge, em cheio e primeiramente, aqueles que não têm a mínima condição de seguir as orientações da Organização Mundial de Saúde. E, nessa realidade pandêmica, o que poderia sobressair da responsabilidade civil estatal sobressai da omissão, inclusive, legislativa.

CONCLUSÃO

Finalizando este artigo, mas não as reflexões que ele suscita, reafirmo que foi um tempo de viver a pandemia, de pensar a pandemia, de investigar as responsabilidades da tragédia humana acumulada e de focar na omissão legislativa. Inegáveis e inevitáveis são os efeitos da crise humanitária nesta pandemia do coronavírus: vemos o mundo em fratura, em quebra de famílias enterradas sem nome e sem despedida; milhares sem ar para respirar. Uma quebra entre a economia da saúde e a saúde pública, enquanto os gastos de emergência não alcançaram as necessidades, sob todo tipo de suspeita. E tudo ficou menos oculto, inclusive a responsabilidade civil por omissão também legislativa.

A responsabilidade civil do Estado é um caminho de progressiva responsabilização estatal. Há um crescente estreitamento dos campos vazios de normatividade em relação às omissões (e ações) estatais. Percebe-se que há princípios plenamente aplicáveis que regem as relações entre o Estado e os cidadãos, os quais exigem consideração pelos intérpretes, quando da análise dos casos de responsabilidade civil estatal (logo, da presença ou não dos seus pressupostos ou condições), razão pela qual, na contemporaneidade, é indispensável o cotejo da responsabilidade civil do Estado com os princípios da responsabilidade civil, a fim de se garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais do lesado. Ressaltamos os princípios da primazia do interesse da vítima, da proteção e da solidariedade social.

Como visto, a responsabilidade civil consiste na necessidade imposta por lei a quem causa prejuízos a outrem de colocá-lo na situação em que estaria sem a lesão, mediante reconstituição natural ou indenização pecuniária. Ademais, o Estado pode responder por danos causados pelo exercício de qualquer um de seus poderes, mesmo se o ato praticado for lícito, porém imponha a uma pequena parcela de pessoas um grande sacrifício em prol do interesse público.

Dessa forma, percebe-se que, no campo doutrinário, é quase unânime a existência de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. No campo da jurisprudência, há diversos julgados corroborando com tal linha de pensamento. Portanto, conclui-se que o Estado responde pelos danos causados a terceiros, decorrentes de normas inválidas ou válidas que imponham sacrifício desproporcional a certo segmento social em prol do interesse público. Tal há de ser verificado, no caso concreto, com esteio no princípio da dignidade humana, por meio de um juízo de ponderação entre o dano singular e o benefício coletivo.

Sobre a responsabilização estatal, o Estado ocupa uma posição peculiar, uma voz peculiar, vez que, possuindo o domínio do poder, é um forte candidato a violar direitos fundamentais. Nestes casos, é dever do Estado atuar preventivamente, a fim de evitar lesões aos direitos e proteger o cidadão. Ou seja, o Estado está obrigado não apenas a se abster de determinadas ações que violariam os direitos fundamentais, como está obrigado a agir quando os bens protegidos pelos

[9] SANTOS, Boaventura de Sousa – A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020, p. 14.

direitos fundamentais estiverem ameaçados ou ofendidos.

Apesar do abismo dessa problemática com a efetividade, não deve haver tolerância em o Estado se abster, ou seja, em ser omisso. Há um dever qualificado de agir, desde que esta ação seja pautada na razoabilidade e na prudência, razão pela qual o Estado deverá responder pelos danos causados por omissão. A inércia legislativa pode gerar não apenas o dano ao indivíduo em casos em que era primordial a atuação de uma lei: se houver mora, também, presencia-se um desrespeito à Constituição.

Em um sistema constitucional, em que há o dever de proteção do Estado, este não está livre para decidir se edita determinadas leis ou não. O indivíduo, cujo interesse é constitucionalmente protegido, pode ter seus direitos violados pela inércia legislativa, oportunidade em que surge uma pretensão contra o Estado. Em outras palavras, o legislador que permanece omisso, ou se recusa a agir, viola não somente o direito constitucional objetivo, mas também o direito individual do cidadão.

A pandemia tende a passar. Suas marcas, não.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. Omissão legislativa e Covid-19: responsabilidade civil do estado no direito português comparado ao brasileiro. Lisboa: LEGIT EDIÇÕES, 2021.

BAKHTIN, Mikhail. Problemas da poética de Dostoiévski. Rio de Janeiro: Ed. Forense-Universitária, 1981.

FAUCONNIER, Gilles – Mental Spaces. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. ISBN 978-05-21-44499-6.

LAKOFF, George; JOHNSON, Mark.University of Chicago Press, 1980.

MARINHO, Elyssa Soares; FERRARI, Lilian. Mesclagem conceptual em piadas curtas. Revista Linguística. Revista do Programa de Pós-Graduação em Linguística da Universidade Federal do Rio de Janeiro. v. 12, n. 1, jan./jun. 2016, p. 147 - 160.

ONU. Organização das Nações Unidas – Declaração Universal dos Direitos Humanos. [Em linha]. Rio de Janeiro, jan. 2009. Acesso em: 23 jul. 2019. Disponível em:https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf.

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. Folha Informativa Covid-19. Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. Em linha, Brasília, 23 abr. 2020. Disponível: www:https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 24 abr. 2020.

PINTO, Ana Estela de Souza. Sob pandemia, Europa fecha portas, protege mercados e rediscute união. [Em linha] Folha de S.Paulo, 1 abr. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/sob-pandemia-europa-fecha-portas-protege-mercados-e-rediscute-uniao.shtml. Acesso em: 23 mai. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020.

ANÁLISE DA NULIDADE DECORRENTE DA DEFICIÊNCIA DA DEFESA DE ACORDO COM A SÚMULA 523 DO STF E STANDARDS NECESSÁRIOS PARA AFERIÇÃO DO PREJUÍZO EM CASO DE DEFESA INEFETIVA

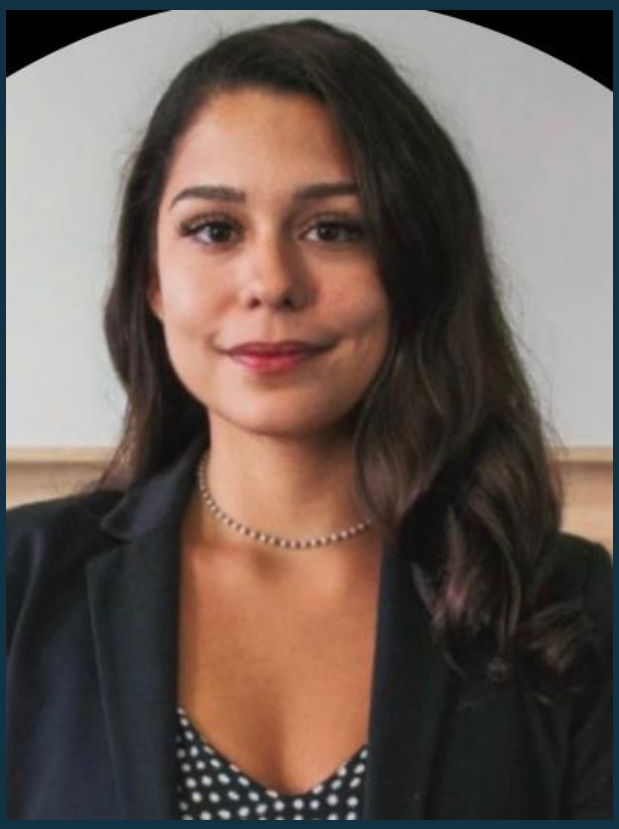
ANALYSIS OF THE NULLITY RESULTING FROM THE DEFICIENCY OF THE DEFENSE ACCORDING TO PRECEDENT 523 OF THE STF AND NECESSARY STANDARDS FOR ASSESSMENT OF THE LOSS IN CASE OF INEFFECTIVE DEFENSE

Diogo Mentor [1]

Honra-nos o convite declinado pelo Exmo. Desembargador Fagundes Cunha, Presidente da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Diretor do Instituto Paranaense de Direito Processual e membro do Corpo Editorial da Revista Gralha Azul, para contribuirmos para a edição especial do mencionado periódico em homenagem ao Prof. Dr. Desembargador Arruda Alvim. O Desembargador Arruda Alvim, sem sombra de dúvidas, foi um dos maiores juristas do nosso país. Formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP em 1960, trabalhou como advogado e procurador da Fazenda até ingressar na magistratura em 1979, sendo promovido ao posto de desembargador em 1981.

[1] Advogado Criminalista; Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes; Especialista em Direito pelo Instituto Superior do Ministério Público; Especialista em Direito Penal e Processual Penal Alemão, Europeu e Internacional pela Escola Alemã de Ciências Criminais da Georg-August-Universität Göttingen; Coordenador e Professor da Pós-graduação em Direito Penal Empresarial e Criminalidade Complexa do Ibmec-RJ; Coordenador e Professor dos cursos de Direito Penal da Escola Superior de Advocacia – ESA-OAB/RJ; Professor de Direito Penal Econômico do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Após a aposentadoria em 1984, retornou para a advocacia, fundando o escritório Arruda Alvim & Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica, que hoje é referência em todo o país. Na academia também desenvolveu carreira expressiva, tendo sido professor de Direito Civil na pós-graduação stricto senso (Mestrado e Doutorado) da PUC-SP e coordenador da área de Direito Processual Civil daquela Universidade, além de ser autor de inúmeros livros e artigos que servem de guia para toda a comunidade jurídica até os dias atuais. Nesse sentido, participar de uma publicação em homenagem ao Prof. Dr. Des. Arruda Alvim é uma honra e um desafio para todos nós que nos dedicamos ao estudo do direito.



Renata Pão Alvo S. Roberto [2]

We are honored by the invitation declined by the Hon. Judge Fagundes Cunha, President of the 3rd Civil Chamber of the Court of Justice of the State of Paraná, Director of the Paraná Institute of Procedural Law and member of the Editorial Board of Gralha Azul Magazine, to contribute to the special edition of the aforementioned periodical in honor of Prof. Dr. Judge Arruda Alvim. Judge Arruda Alvim, without a doubt, was one of the greatest jurists in our country. Graduated from the Pontifical Catholic University of São Paulo – PUC-SP in 1960, he worked as a lawyer and prosecutor of the Treasury until joining the magistracy in 1979, being promoted to the post of judge in 1981. After retiring in 1984, he returned to the law practice, founding Arruda Alvim & Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica, which today is a reference throughout the country. In the academy, he also developed an expressive career, having been professor of Civil Law in the stricto senso postgraduate course (Master's and Doctorate) at PUC-SP and coordinator of the area of Civil Procedural Law at that University, in addition to being the author of numerous books and articles that serve guide for the entire legal community to the present day. In this sense, participating in a publication in honor of Prof. Dr. Des. Arruda Alvim is an honor and a challenge for all of us who are dedicated to the study of law.

[2] Advogada Criminalista; Graduada em Direito, com ênfase em Direito Penal, pela PUC-RJ; Especialista em Ciências Criminais pela Escola Superior de Advocacia – ESA-OAB/RJ.

INTRODUÇÃO

Após um longo período de Estado de Exceção Constitucional, a Constituição da República de 1988 instituiu, de forma inequívoca, um Estado Democrático de Direito, baseado nas garantias fundamentais e respeito à dignidade humana, primados que serviram de alicerce e substrato de todo o ordenamento jurídico brasileiro e, consequentemente, do processo penal.

GERALDO PRADO[1] assinala que o relevo dado à Constituição decorre da convicção de que ela assegurará a divisão de poderes do Estado, bem como a tutela de direitos fundamentais, conformando toda a ordem jurídica. Nessa ótica, a Constituição fixa as regras do jogo político e de circulação de poder, assinalando o pacto federativo que é a representação da soberania popular.

Assim, o autor conclui que a assunção da Constituição como gênese dos direitos fundamentais resulta em um nexo indissolúvel entre garantia dos direitos fundamentais, divisão de poder e democracia, de forma que influa na formulação das linhas gerais da política criminal do Estado.

Por sua vez, a política criminal se materializa por meio do direito penal, o qual se instrumentaliza, no plano real, através do processo penal. Sendo assim, faz-se necessário o questionamento acerca do ponto fundante do processo penal, ou seja, qual conceito que se presta como seu paradigma.

Da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, o processo penal deve ser visualizado como instrumento destinado a assegurar a máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo frente ao aparelho estatal. Dessa forma, o fundamento legitimador da existência de um processo penal democrático é a sua instrumentalidade constitucional.[2]

Dentre as garantias constitucionais mais caras do acusado está a ampla defesa, a qual, dada a sua amplitude e complexidade, constitui-se de duas vertentes fundamentais: a autodefesa e a defesa técnica, sendo esta o objeto do presente estudo.

A defesa técnica, em síntese, significa a necessidade de intervenção de um profissional habilitado para seu exercício, seja ele advogado ou defensor público, de forma que a defesa seja conduzida com perícia e efetividade. Não por outra razão, o texto constitucional reconhece a advocacia como indispensável à administração da justiça (CFRB/88, art. 133).

A imposição de atuação do defensor técnico no processo penal decorre da necessidade de equilíbrio entre a defesa e a acusação e da acertada presunção de hipossuficiência do acusado, o qual, em regra, não possui conhecimentos necessários e suficientes para contrapor à pretensão estatal em igualdade de condições técnicas com o acusador.[3]

Para FOSCHINI[4] a defesa técnica também é uma exigência da sociedade, pois o acusado pode, de acordo com sua vontade, até não se defender, mas isso não exclui o interesse coletivo de se verificar se o delito objeto do processo constitui ou não fonte de responsabilidade penal.

Nessa toada, a defesa técnica também se apresenta como imprescindível condição de paridade de armas, basilar para a concreta atuação do contraditório, razão pela qual também se revela como mecanismo de autoproteção do sistema processual penal e da igualdade de partes. Isto porque, além de atender ao interesse do sujeito passivo, resulta de um imperativo de ordem pública decorrente do devido processo legal[5].

Todavia, por diversos motivos, o que se verifica muitas vezes na prática forense é a defesa técnica exercida de maneira meramente formalista e esvaziada, o que resulta, por evidente, em prejuízo ao acusado que se encontra em uma posição de vulnerabilidade em relação às autoridades persecutórias e ao Poder Judiciário.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento acerca da necessidade de demonstração do prejuízo suportado pelo réu nos casos de defesa técnica deficiente, para que seja reconhecida a nulidade do processo ou do ato processual.

À vista disso, tem o presente escrito o objetivo de delimitar os requisitos que se mostram essenciais à verificação da defesa técnica razoável e suficiente para, depois, analisar os critérios doutrinários e jurisprudenciais utilizados para o reconhecimento do prejuízo ao qual se refere o verbete sumular nº 523 da Suprema Corte.

1 A EFETIVIDADE DA DEFESA TÉCNICA COMO CONSECTÁRIO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA

De acordo com o art. 5º, LV, da Constituição da República, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, a ampla defesa pode ser vista como um direito; todavia, sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo, é vista como garantia.

1 PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade das Leis Processuais Penais. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001. p. 14.
2 LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 23-24.
3 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. P. 148
4 FOSCHINI, Gaetano. L'Imputato, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1956. p. 27 e s.
5 LOPES JR., Aury. Op. Cit. p. 149.

O direito de defesa está intimamente ligado ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em decorrência dos elementos que compõem o contraditório, em especial, o direito à informação e à reação. Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem.[6]

Enquanto o contraditório exige a garantia de participação da defesa, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado.[7]

Os consectários lógicos da defesa técnica vista como um dos aspectos da ampla defesa são, conforme leciona DIOGO MALAN[8]: i) defesa técnica efetiva; ii) direito à livre escolha do defensor técnico; iii) direito ao tempo e aos meios necessários para a prestação da defesa técnica; iv) direito à inviolabilidade da pessoa, dos documentos e do local de trabalho do defensor técnico; v) direito a última palavra.

Por via reflexa, a defesa técnica efetiva exige que o profissional não seja imperito ou negligente. ANDRÉ NICOLITT[9] leciona que a capacitação técnica do profissional pode ser aferida por alguns critérios, quais sejam: comparecimento aos atos processuais; apresentação das peças processuais necessárias; em caso de réu preso, os respectivos requerimentos de liberdade e, por fim, requerimento de prova.

No entanto, tais critérios, apesar de primordiais, se limitam, ao nosso sentir, para que se verifique a existência de defesa técnica mínima, ou seja, abaixo do razoável. Isso, pois, deve-se também analisar o conteúdo de tais atos de forma que seja possível verificar a efetividade da atuação defensiva para além de sua presença formal nos atos processuais.

Desta feita, para que seja preservada a ampla defesa consagrada pela Constituição da República, a defesa técnica, além de necessária e indeclinável, deve ser plena e efetiva. Ou seja, no curso do processo, é imprescindível que se perceba efetiva a atividade defensiva do advogado no sentido de assistir seu cliente.

Essa é a razão pela qual a Lei nº 10.792/03 acrescentou o parágrafo único ao art. 261 do CPP, de modo a exigir que a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, seja sempre exercida por manifestação fundamentada.

Afinal, de que presta a presença física de defensor que não arrola testemunhas, não faz perguntas, não apresenta memoriais, ou que os apresenta sinteticamente, sem análise da prova, em arrazoado que poderia ser utilizado em relação a qualquer processo criminal?

Em tal cenário, apesar de haver um profissional da advocacia formalmente designado para defender o réu, sua atuação é tão precária que é como se o acusado estivesse sendo processado sem defesa técnica, o que viola frontalmente o sistema acusatório.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS[10] assevera que a defesa é categoria aberta, "à qual devem ser imputados todos os concretos direitos que o arguido dispõe de co-determinar ou conformar a decisão final do processo".

Por certo, uma defesa técnica exercida de maneira meramente cerimoniosa, genérica e contemplativa não tem o condão de influir no provimento de mérito no processo penal, mesmo que os atos "necessários" e "obrigatórios" contem com a presença do defensor técnico.

A defesa técnica efetiva deve, minimamente, buscar uma contraposição dialética no processo apta a resguardar o melhor interesse do acusado. Isto significa participar ativamente no processo buscando a tutela de um interesse que necessita ser oposto daquele, a princípio, consignado pela acusação[11].

Não por outra razão, o advogado ou defensor exerce um múnus público, o qual deve contribuir para a resolução, devendo atuar (ou omitir-se[12]) conforme necessário à preservação ou conquista de posições jurídicas de vantagem para o acusado, sempre conforme o direito[13].

A mera apresentação de peças genéricas ou evidentemente deficitárias em relação às circunstâncias do caso concreto e às teses de direito a ele aplicáveis; bem como a adoção de postura passiva ou displicente nos atos instrutórios, mesmo que o defensor compareça à instrução (levando-se em conta que tais circunstâncias são aferíveis mediante análise do processo); também representam uma defesa técnica inefetiva.

O que se quer dizer é que a defesa técnica, para ser considerada efetiva, deve ser analisada não apenas

6 BRASILEIRO, Renata. BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 58.
7 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. P. 78.
8 MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: Processo Penal e Democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. (Geraldo Prado e Diogo Malan – Coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 143-486.
9 NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 41.
10 DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 1992, p.28.
11 PRADO, Geraldo. Op. Cit. p. 140-147.
12 Há entendimento doutrinário no sentido de que também é possível subdividir a ampla defesa sob dois aspectos: 1) positivo: realiza-se na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e com a autoria; 2) negativo: consiste na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencialidade danosa à defesa do réu. (AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. RT, São Paulo, v. 682, p. 285-298, ago. 1992. p. 290).
13 Ibid.

em relação à regularidade formal, mas também quanto ao conteúdo dos atos desenvolvidos pelo defensor no exercício de sua atividade, de maneira que o desenvolvimento da dialética processual evidencie no âmago da atuação defensiva a busca pelo melhor interesse do acusado.

Desta feita, a inefetividade da defesa técnica e, por via reflexa, sua deficiência, representa violação da garantia da ampla defesa, alçada pela Constituição da República à condição de garantia fundamental do acusado, cuja afronta constitui nulidade absoluta, pois a obediência às regras do devido processo legal é requisito essencial para a correta prestação jurisdicional.

2 STANDARDS PARA DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO NAS HIPÓTESES DE INEFETIVIDADE DA DEFESA TÉCNICA

O verbete nº 523 da súmula de jurisprudência predominante da Suprema Corte dispõe que, "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu".

Assim, caso haja falha na atuação do defensor acarretando prejuízo ao acusado, o processo deve ser anulado. Em outras palavras, a defesa não pode ser meramente formal, devendo ser adequadamente exercida.

No entanto, a utilização da conjunção adversativa "mas" entre a primeira e a segunda parte do verbete em questão tem a finalidade de contradizer a assertiva precedente, dando a impressão, em uma primeira leitura, de que a deficiência da defesa constituiria uma nulidade relativa, em oposição à nulidade absoluta decorrente de sua ausência, sendo este o entendimento que tem se consolidado nos Tribunais pátrios.

Outro fator que reforçaria a interpretação acima mencionada é a necessidade de demonstração do prejuízo, uma vez que em casos de nulidades absolutas, em regra, este é presumido diante da gravidade do ato viciado.

Dessa forma, se poderia supor que uma redação mais adequada à referida súmula seria "no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência constitui nulidade relativa e só o anulará se houver prejuízo para o réu".

Apesar de parecer correta em um primeiro momento, tal redação, a bem da verdade, demonstra a ausência de qualquer oposição entre a ideia expressa na primeira parte da súmula e a segunda, razão pela qual seria mais adequado o emprego de uma conjunção conclusiva, pois o fato de a "deficiência de defesa" constituir uma nulidade relativa seria um consectário lógico para a sua ausência constituir nulidade absoluta e vice-versa.

Assim, pode-se concluir que a inclusão da conjunção adversativa "mas" na redação da Súmula nº 523 do STF significa dizer que não só a ausência, mas também a deficiência de defesa, constituem nulidade absoluta, apesar da necessidade de demonstração do prejuízo para que se declare a inaptidão do ato para produzir efeitos jurídicos nessa segunda hipótese.

Isso porque, malgrado o reconhecimento da deficiência da defesa técnica exija a comprovação do prejuízo para o acusado, o que, em princípio, denotaria a existência de uma nulidade relativa; trata-se de uma violação frontal à garantia constitucional da ampla defesa, cuja afronta constitui nulidade absoluta.

Com efeito, dentre os atos processuais imperfeitos, os atos nulos encontram-se no meio termo entre os atos inexistentes, cuja inconformidade com o modelo é tão intensa que sequer se reconhece sua existência como ato processual; e os atos meramente irregulares, cujo desatendimento às prescrições legais não compromete os objetivos pelos quais a forma foi instituída, motivo pelo qual não se afeta a sua validade[14].

Isso porque, na dicção de ADA PELLEGRINI GRINOVER, a forma não pode ser um fim em si mesma, devendo ser respeitada na medida e nos limites em que sejam necessários para atingir sua própria finalidade: conferir segurança as partes e objetividade ao procedimento[15].

Por sua vez, os atos nulos são aqueles que a inadequação ao tipo[16] pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produção de efeitos jurídicos. Ao revés do que ocorre no direito privado, a nulidade dos atos processuais não é automática, dependendo de pronunciamento judicial para que seja constatada a desconformidade formal do ato, bem como os pressupostos legais para a decretação da invalidade.

À vista disso, mesmo vícios gravíssimos podem não afetar a validade do ato, mantendo-se os efeitos jurídicos por ele produzidos, caso não seja reconhecida a nulidade e ocorra o trânsito em julgado da sentença final. De outro lado, mesmo com o reconhecimento da invalidade do ato, ainda é possível que alguns efeitos jurídicos sejam mantidos.

---

[14] O CPP acolhe tal categoria no art. 564, inciso IV, o qual dispõe que acerca da nulidade decorrente de omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. Assim sendo, o legislador admite que a ausência de formalidades não essenciais não acarretará consequências à validade do ato.

[15] GRINOVER, Ana Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhaes; FERNANDES, Antônio Scrance. *As nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 18-24.

16 GRINOVER (Op. Cit., p. 18) ensina que a atividade processual é uma atividade típica, regulada pelo ordenamento jurídico através de formas que devem ser obedecidas pelos sujeitos processuais e composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador.

Com efeito, no caso de nulidade absoluta a gravidade do ato viciado é tão manifesta que, em regra, o prejuízo é evidente, pois atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito, razão pela qual pode ser invalidado de ofício; já as nulidades relativas devem ser arguidas oportunamente pela parte prejudicada, subordinando o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo.

Isso ocorre porque objetiva-se atribuir maior valor à finalidade atingida pelo ato, mesmo que viciado, bem como ao prejuízo decorrente do vício, devendo o magistrado verificar, de acordo com o caso concreto, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com os preceitos legais.

2.1 DO PRÍNCÍPIO DO PREJUÍZO E SUA DEMONSTRAÇÃO.

O princípio do prejuízo, disposto no art. 563 do CPP, decorre da própria natureza instrumental do direito processual, o qual se presta à correta aplicação do direito material. Assim, o vício do ato processual só deve resultar no reconhecimento de sua invalidade quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida.

Os atos processuais tem como objetivo a viabilização e preparação do provimento jurisdicional terminativo. Ou seja, as formalidades são estabelecidas para contribuir ao melhor resultado final possível, o qual só pode ser obtido por meio de um processo desenvolvido à luz do devido processo legal.

Assim, o prejuízo que autoriza o reconhecimento da nulidade deve levar em conta dois aspectos: o dano para a garantia do contraditório (art. 563 do CPP) e o comprometimento da correção da sentença (art. 566 do CPP). A decretação da nulidade gera imbróglios tanto ao desenvolvimento do processo quanto[17] e às partes, acarretando demora na prestação jurisdicional. Em razão disso, o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.

Como apontam ADA PELLEGRINI GRINOVER, MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES[18] , isso não significa dizer que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência do prejuízo, pois essa demonstração pode ocorrer por simples desenvolvimento de raciocínio lógico, verificando-se se a perda da faculdade processual pela parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no provimento final.

Frise-se, a seu turno, que as nulidades absolutas são àquelas que geram um prejuízo evidente, porém nunca presumido. Isso porque o prejuízo, seja ele evidente ou não, deve existir para que a nulidade seja decretada e, em casos de inexistência de prejuízo, não há que se falar em nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta[19] , diante do princípio *pas de nullité sans grief*.

Já nas nulidades relativas, o prejuízo nunca é evidente, sempre devendo ser demonstrado, uma vez que não é possível constata-lo de plano, como pode ocorrer em casos de nulidade absoluta.

Ademais, as nulidades relativas afetam tão somente o interesse de quem teve seu direito lesionado em razão do vício do ato processual, sem dano à ordem pública, motivo pelo qual recai sobre o interessado tanto o dever de alegar o vício quanto o de demonstrar a existência do dano.

Ao passo que tal intepretação decorre da análise das nulidades dispostas no Código de Processo Penal, cabe sempre relembrar que tal diploma legal foi elaborado a partir de uma política criminal eficienticista, punitivista e utilitarista, porque guiada pela teoria econômica da relação custo/benefício como critério absoluto para a tomada de decisão.

Como se vê do item II da exposição de motivos do Decreto Lei n.º 3.839 de 3 de outubro de 1941: "as nossas vigentes leis processuais asseguram aos réus (...) um tão extenso catálogo de garantias e favores que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo de um indireto estímulo à expansão da criminalidade(...). Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum".

Desta forma, a sistemática das nulidades dispostas no CPP deve ser interpretada à luz da Carta Cidadã de 1988, sob pena de se violar a instrumentalidade constitucional do processo penal, essencial ao sistema acusatório.

Nesse sentido, JOSÉ FREDERICO MARQUES[20] diferencia a nulidade absoluta da relativa, primordialmente, classificando a primeira como insanável e a segunda como sanável. Ainda, esclarece o autor que o ato nulo nasce ineficaz, mas é possível que adquira validade e eficácia pela superveniência de fato ou circunstância que o faça convalescer.

---

17 Luiz Guilherme Marinoni afirma que "o processo é uma marcha para frente, tendente a atingir certo objetivo predeterminado, que é a prestação integral da tutela jurisdicional." (in Manual do Processo de Conhecimento, 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p.607). Logo, o reconhecimento de uma nulidade representa um retrocesso, atingindo a própria natureza da persecução penal.

18 GRINOVER, Ana Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhaes; FERNANDES, Antônio Scrance. Op. Cit. p. 27-28.

19 Nesse sentido: STF, HC n.º 81.510/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 11.12.2001, p. 12.04.2002. Nesse caso, embora reconhecido a incompetência do Juizado Especial Criminal, a Suprema Corte não anulou os atos do procedimento da Lei 9.099/95, porquanto realizado perante a Juíza que, na Comarca, era titular exclusiva da jurisdição penal, não havendo, portanto, qualquer prejuízo concreto à defesa do paciente.

20 MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal - Vol. II. Campinas: Bookseller, 1998. p. 380.

À vista disso, a principal distinção entre a nulidade absoluta e a relativa, da perspectiva do processo penal democrático, reside exatamente na possibilidade de ser ou não sanada, razão pela qual a nulidade relativa pode adquirir validade e eficácia jurídica em razão de uma determinada circunstância, o que nunca ocorrerá em relação à nulidade absoluta.

Relativamente à deficiência de defesa, conquanto seja indispensável a demonstração do prejuízo (o qual sempre deve existir para reconhecimento da nulidade, seja relativa ou absoluta), esta nunca constituirá um vício passível de convalidação. Isso quer dizer que a deficiência da defesa nunca poderá ser sanada por circunstância posterior.

Assim, uma vez demonstrado o prejuízo, mediante a comprovação de que existiu a alegada deficiência, pode ser declarada, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, a nulidade do ato processual viciado. Não por outra razão, a súmula em análise não impede o reconhecimento de ofício da deficiência da defesa, desde que demonstrado o prejuízo, motivo pelo qual constitui questão de ordem pública.

Em situação análoga, o art. 497, V, do Código de Processo Penal, atribui ao presidente do tribunal do júri o dever de nomear novo defensor a um determinado réu, caso esteja convencido de que este se encontra indefeso.

Até porque, como sobredito, o escorreito exercício da defesa é peça fundante da dialética processual necessária ao exercício do contraditório e, por conseguinte, da correção do provimento de mérito. Assim, deve-se preservar sua efetividade, sob pena de violação do devido processo legal.

Conclui-se, portanto, que a interpretação mais adequada ao conteúdo da Súmula nº 523 do STF não consiste na hipótese de que a deficiência da defesa gera nulidade relativa, mas sim de que a violação à norma constitucional com conteúdo de garantia fundamental acarreta, como consequência necessária, nulidade absoluta.

Contudo, para que esta seja declarada, é preciso que seja demonstrada a alegada deficiência, com violação à ampla defesa e, por conseguinte, prejuízo ao acusado.

A impossibilidade de se sanar a deficiência da defesa desponta de forma límpida, uma vez que a defesa ou é eficiente ou não o é, e, sendo deficiente, apenas uma nova defesa seria capaz de reparar o dano ao acusado.

Dessa forma, não consistindo a mera necessidade de se demonstrar o prejuízo em requisito intrínseco das nulidades relativas, mas sim das nulidades em geral, a distinção entre elas cinge-se ao grau de evidência do referido dano, o qual sempre deve ser demonstrado para sua declaração, mesmo em se tratando de nulidades absolutas.

2.2 A DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO EM RAZÃO DE DEFICIÊNCIA DE DEFESA NOS CASOS DE DEFESA INEFETIVA.

Para que seja preservada a ampla defesa constitucionalmente prevista, a defesa técnica, além de necessária e indeclinável, deve ser plena e efetiva, sendo imprescindível que no curso do processo se perceba a efetiva atividade defensiva do advogado no sentido de assistir seu cliente.

Neste deslinde, cabe trazer à baila pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), a qual analisou amostragem de 570 apelações relativas ao crime de roubo, julgadas pelo antigo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, entre 1999 e 2000.

A sobredita pesquisa empírica apurou que, entre esse universo de acusados: 1) 97,69% não tiveram qualquer tipo de defesa técnica ao ensejo da lavratura do auto de prisão em flagrante; 2) 77% não tiveram requerimento de qualquer medida (pedido de relaxamento de flagrante, liberdade provisória, revogação de prisão preventiva ou Habeas Corpus) em favor da sua liberdade; 3) 92,89% não tiveram acesso à defesa técnica logo após a denúncia; 4) 21,82% não contaram com a assistência de defensor técnico por ocasião do interrogatório; 5) 9,09% não tiveram defesa prévia; 6) 35,7% não tiveram pedido de diligências; e 7) 98,84% não tiveram sustentação oral recursal.

Por outro lado, praticamente todos os condenados tiveram alegações finais e razões de apelação confeccionadas pelos respectivos defensores técnicos.

Concluiu-se que o entendimento de que houve exercício da defesa técnica defluiu unicamente em razão da apresentação das peças processuais que eram consideradas obrigatórias pela jurisprudência.

É razoável supor que, entre as causas dessa precariedade da defesa técnica, estão a falta de infraestrutura, de pessoal e o excesso de demanda dos órgãos públicos de assistência judiciária e a falta de fiscalização judicial rigorosa sobre a falta de efetividade da defesa técnica; bem como a tendência jurisprudencial de se exigir prova do prejuízo decorrente de defesa técnica não efetiva[21], ao invés de sua demonstração.

Trata-se de grave disfunção do sistema de administração da Justiça criminal brasileira, pois, como já explicitado, a defesa técnica transcende o interesse pessoal do acusado, revestindo-se de interesse público

[21] MALAN, Diogo. Advocacia criminal e defesa técnica efetiva. Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-out-07/diogo-malan-advocacia-criminal-defesa-tecnica-efetiva#_ftn2. Out. 2020.

na legitimidade ética e política desse sistema (*nemo iudex sine defensione*)[22].

Nas hipóteses em que o defensor técnico do acusado é imperito ou negligente, desperdiçando sucessivas oportunidades processuais a ponto de diminuir as chances de resultado mais favorável, não resta dúvida de que se retira da ampla defesa esse atributo da efetividade.

Como leciona DIOGO MALAN,[23] a grande dificuldade para a caracterização da nulidade processual em digressão é a falta de standards claros para aferição da imperícia ou negligência do defensor técnico, na prática judiciária.

Como acertadamente aponta o autor, a efetividade da defesa técnica não deve, em regra, ser analisada com base em ato processual isolado, e, sim, levando em conta o complexo ou conteúdo diversificado da atuação do defensor.

Assim, caso haja falha na atuação do defensor, com a demonstração de prejuízo ao acusado, o proces¬so deve ser anulado. Em outras palavras: a defesa não pode ser meramente formal, devendo ser adequadamente exercida.

Não afasta a nulidade o simples fato de o acusado ter sido assistido em todos os momentos do processo, vez que a defesa técnica, no âmbito penal, é direito indisponível e não mera formalidade, devendo-se assegurar o pleno exercício de todas as faculdades e poderes permitidos.

Tomando por base o procedimento ordinário, a inefetividade material da defesa técnica deve ser aferida mediante a análise do conteúdo dos atos processuais praticados pelo defensor técnico, e não pela mera existência formal do ato defensivo.

Isso porque o art. 396-A do CPP determina expressamente que na resposta à acusação se deve alegar tudo o que for conveniente para a defesa do acusado, especificando provas e arrolando as testemunhas, sob pena de preclusão.

Frise-se: o dispositivo legal mencionado institui o dever de se alegar tudo que for conveniente para a defesa do acusado, pois, conforme já explicitado, a efetividade da defesa advém do exercício de todas as faculdades a ela inerentes.

Dessa forma, a apresentação de resposta à acusação genérica representa inequívoca violação à ampla defesa, diante da inefetividade da defesa técnica na busca da contraposição necessária à construção da dialética processual acusatória, objetivando o melhor interesse do acusado e um provimento final equilibrado.

Em termos práticos, levando-se em conta a necessidade de comprovação do prejuízo ao acusado, sua demonstração da inefetividade da defesa técnica, nesse caso, poderia ser aferida mediante a verificação, exempli gratia, da possibilidade de arguição de teses de absolvição sumária ignoradas pelo defensor, ou da existência de testemunhas que deixaram de ser arroladas.

No âmbito da instrução criminal, a desídia da defesa técnica pode ser percebida sob diferentes enfoques.

Em relação às provas testemunhais, se denota a imperícia do defensor ao desistir ou anuir com a desistência de testemunha crucial à elucidação dos fatos ou à demonstração da tese defensiva. Ainda, é possível verificar postura complacente no defensor que não realiza reperguntas ou as realiza de forma absolutamente genérica, sem qualquer refutação à tese acusatória.

Por outro lado, em relação às provas técnicas, a ausência de qualquer fiscalização e alegação defensiva no que tange à sua validade e licitude também demonstra a negligência do defensor, devendo o prejuízo ser verificado a partir da demonstração de que tais teses seriam aplicáveis ao caso a partir das circunstâncias concretas.

Na fase de alegações finais, o arrazoado que se limita a reproduzir os fatos colacionados nas peças da acusação, sem que seja realizada qualquer incursão no acervo probatório produzido na fase de instrução para construção da oposição à narrativa acusatória; bem como àquela que apresenta teses de direito genéricas, aplicáveis a qualquer processo que tenha por objeto aquele determinado delito.

Como se vê, a demonstração do prejuízo a que se refere a Súmula nº 523 do Excelso Pretório não consiste em prova, mas em argumentação lógica que demonstra a inefetividade defensiva em determinado ato processual. Até porque não é possível a produção de prova negativa em relação a ato processual que deixou de ser realizado e, portanto, inexistente.

Assim, mediante a conjectura racional de que determinado ato processual foi praticado de forma inefetiva, deve-se reconhecer o prejuízo ao acusado com a conseguinte declaração da nulidade absoluta do ato processual, uma vez que a efetividade constitui elemento indispensável à defesa técnica como aspecto da ampla defesa, recordando-se que tal declaração pode (e deve) ser realizada de ofício.

Em outras palavras, uma vez verificada a violação de garantia fundamental do acusado através da demonstração do prejuízo em razão da deficiência de defesa decorrente da defesa técnica materialmente inefetiva, impõe-se a declaração da nulidade do ato viciado.

[22] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: Direito ou garantia? In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 04, pp. 110-125, out./dez. 1993.

[23] MALAN, Diogo. *Op. Cit.*

CONCLUSÃO

A partir da argumentação expendida, verifica-se que a nulidade decorrente da deficiência de defesa implica no sacrifício da própria dialética fundante do processo penal acusatório.

Por conseguinte, sua verificação acarreta inexorável nulidade absoluta, pois revestida de interesse público na correção da sentença penal e, portanto, constituindo vício insanável.

Dessa forma, a prova do prejuízo a que se refere o verbete sumular nº 523 do Supremo Tribunal Federal não corresponde à prova necessária para declaração das nulidades relativas, que visam à preservação do ato processual viciado em sua forma, mas que atinge sua finalidade material.

Como visto, mesmo as nulidades absolutas exigem a existência de prejuízo para que sejam declaradas, ainda que seja evidente.

Nesse sentido, a referida súmula cria uma exceção à regra da evidência do prejuízo nas nulidades absolutas, exigindo que, nos casos de deficiência da defesa técnica, este seja efetivamente demonstrado para sua declaração.

E tal conclusão se revela óbvia, considerando que qualquer manifestação jurisdicional acerca da deficiência de determinada defesa técnica somente poderá ser realizada examinando-se o fundamento da arguição.

Dessarte, a prova mencionada na aludida súmula deve ser interpretada como a necessidade de demonstração lógica e robusta do prejuízo mediante argumentação expendida de maneira sistemática, correlacionando as finalidades da norma processual e a inefetividade da defesa técnica em relação ao ato processual viciado, de forma que se atribua máxima eficácia à garantia da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. RT, São Paulo, v. 682, p. 285-298, ago. 1992.

BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2020

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 1992.

FOSCHINI, Gaetano. L'Imputato, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1956.

GRINOVER, Ana Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhaes; FERNANDES, Antônio Scrance. As nulidades no Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRINOVER. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: Processo Penal e Democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. (Geraldo Prado e Diogo Malan – Coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALAN. Advocacia criminal e defesa técnica efetiva. Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-out-07/diogo-malan-advocacia-criminal-defesa-tecnica-efetiva#_ftn2. Out. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol. II. Campinas: Bookseller, 1998.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: Direito ou garantia? In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 04, pp. 110-125, out./dez. 1993.

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade das Leis Processuais Penais. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

BREVES REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

BRIEF REFLECTIONS ON THE POLITICAL CONSTITUTION AND CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW IN PERU

Edgardo Torres López [1]

Actualmente un mito recorre toda América Latina. La creencia que una nueva Constitución va a generar una transformación política, social, económica y jurídica. Esto tal vez sea cierto en un aspecto político; pero no necesariamente en forma positiva el ámbito social, económico y jurídico; podría empeorar la situación de un país y conducirlo directa y abiertamente a una sociedad cerrada, a un democracia farisea, que no respete los derechos y garantías fundamentales de la persona humana; lo que en el fondo, en realidad sería una dictadura, con ropajes legales. La Constitución si verdaderamente lo es, tiene que limitar el poder de los gobernantes, y garantizar en forma efectiva, los derechos fundamentales de la ciudadanía; con los instrumentos jurídicos que posibilita el Derecho Procesal Constitucional y la jurisdicción constitucional. Dichos instrumentos, en teoría son ideales; pero por lo

[1] Pós-doutor pela *Univesità degli studi di Pavia*. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e do Centro Universitário Assis Gurgaz (FAG). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Presidente do Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público brasileiro. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6446292329035065 Orcid: 000-0003-4944-1256. E-mail: eduardocambi@hotmail.com.

general resultan ineficientes e ineficaces, por la falta de especialización de la jurisdicción constitucional, las trabas y demoras en resolver las demandas de la ciudadanía, y la mala utilización de algunas acciones. El presente artículo propone reflexiona sobre algunas ideas en lo que se refiere a la Constitución, al proceso constitucional en el Perú, y al final propone algunas innovaciones, acorde a la modernidad actual, para procurar lograr que el Derecho Procesal Constitucional, cumpla los principios de tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, economía y celeridad procesal.

Palavras-chave: Constitución; Derecho Constitucional; Derecho Procesal Constitucional; Tutela procesal efectiva; Debido Proceso.

Currently a myth runs throughout Latin America. The belief that a new Constitution will generate a political, social, economic and legal transformation. This may be true in a political aspect; but not necessarily in a positive way the social, economic and legal sphere; it could worsen the situation of a country and lead it directly and openly to a closed society, to a Pharisee democracy, that does not respect the fundamental rights and guarantees of the human person; what deep down, in reality would be a dictatorship, with legal clothes.
The Constitution, if it really is, has to limit the power of the rulers, and effectively guarantee the fundamental rights of the citizenry; with the legal instruments made possible by Constitutional Procedural Law and constitutional jurisdiction.
Said instruments, in theory, are ideal; but in general they are inefficient and ineffective, due to the lack of specialization of the constitutional jurisdiction, the obstacles and delays in resolving citizen demands, and the misuse of some actions.
This article proposes to reflect on some ideas regarding the Constitution, the constitutional process in Peru, and in the end it proposes some innovations, according to current modernity, to try to ensure that the Constitutional Procedural Law complies with the principles of effective jurisdictional protection, due process, economy and procedural speed.

Keywords: Constitution; Constitutional Law; Constitutional Procedural Law; Effective procedural protection; Due Process.

INTRODUCCIÓN

En primer lugar saludo a todos los amables lectores, previo cordial agradecimiento al Excelentísimo Desembargador de Paraná- Brasil, José Sebastiao Fagundes Cunha, Presidente del Instituto Paranense de Derecho Procesal, por la invitación a escribir un artículo, para el presente libro.

Empiezo estas líneas con algunos datos sobre el Perú, que tiene una superficie de 1.285.215 km^2; el tercero de mayor extensión en América del Sur, después de Brasil y Argentina. Es uno de los 20 países más extensos del planeta, com 200 millas marinas y derechos territoriales sobre una superficie de 60 millones de hectáreas en la Antártida; posee grandes recursos naturales, especialmente mineros, agrícolas, acuíferos, forestales, costa, sierra y selva; con personas en su mayoría emprendedoras, sencillas y creyentes.

El Perú, está organizado políticamente en 24 departamentos, regiones y una Provincia Constitucional de Callao. Lima es la capital del Perú; Cusco, es su capital histórica. Entre sus principales ciudades, destacan Arequipa, Ayacucho, Piura, La Libertad, Loreto, Madre de Dios, Puno, Tacna, etc. Tiene una población aproximada de 33.000.000 de habitantes. Un 72,3% corresponde a población urbana y un 27,7% a rural.

La Constitución Política de 1993 vigente establece en su preámbulo:

> El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución: Título I De la persona y de la sociedad. Capítulo I. Derechos fundamentales de la persona.
> Artículo 1°- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado.
> En el título II del Estado y la Nación. Capítulo I
> Artículo 43°- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.
> Artículo 138.- La potestad de administrar justica emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes. 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.
> Artículo 200 - Son garantías constitucionales.
> 1 - La Acción de Habeas Corpus.
> 2 - La Acción de Amparo
> 3 - La Acción de Habeas Data.
> 4 - La Acción de Inconstitucionalidad
> 5 - La Acción Popular.
> 6 - La Acción de Cumplimiento.

El Perú como dijo el jurista Víctor Andrés Belaunde Presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959 y 1960); Presidente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en tres periodos y Ministros de Relaciones Exteriores del Perú; es una nación en formación. Luis Alberto Sánchez en el siglo pasado, completo: Perú retrato de un país adolescente.

Depende de los peruanos hacer la realidad, la promesa de un país, justo y libre y equitativamente desarrollado como propuso Jorge Basadre. Depende en gran parte de la jurisdicción constitucional, y de las decisiones sensatas que las autoridades y ciudadanos asumamos. Encaminarnos a fortalecer el derecho constitucional y procesal constitucional, oportuno y efectivo como garantía de la libertad, la justicia, la seguridad y la paz de todas las personas, en el continente.

1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Una definición, bastante conocida para los constitucionalistas es la del político y pensador alemán Ferdinand Lassalle (1995, p. 63). Él pregunta ¿Qué es una Constitución?. Es "un pacto jurado entre el monarca y el pueblo, que fija los principios fundamentales de las leyes y del gobierno en los límites de un país".

En el caso de los sistemas republicanos Lassalle, contesta. Es la ley fundamental proclamada en un país, que constituye los cimientos para la organización del derecho público de la nación.

De esta definición surge una nueva pregunta ¿En qué se distingue una Constitución de una simple Ley? El político contesta: La Constitución no es una Ley como otra cualquiera, sino es la ley fundamental del país; que:

> 1 - Profundiza más que las leyes ordinarias.
> 2 - Constituye – de otro modo no le correspondería denominarse fundamental–.
> 3 - Es fundamento de otras leyes, porque informa y engendra.
> 4 - Irradia su poder en las leyes ordinarias del país.

Lassalle (1995) considera que las cosas que tienen un fundamento, no son como son por antojo, sino porque necesariamente tienen que ser. El fundamento a que responden no les permite ser de otro modo. Sólo las cosas carentes de un fundamento, casuales y fortuitas, pueden ser como son o de otro modo cualquiera. Lo que tiene un fundamento no; por ley de la necesidad.

Se advierte con claridad, que el pensamiento de Lassalle, oscila entre el naturalismo y el positivismo; en cuanto a la primera corriente, porque reconoce que las leyes fundamentales surgen de la necesidad, es decir no dependen de la voluntad del gobernante; y la

segunda cuando basa el fundamento en la Constitución como norma suprema.

Está última corriente, de la que es reconocido continuador y propulsor el filósofo alemán Hans Kelsen, propugnaba una "Teoría Pura del Derecho" y a la Constitución Política como norma suprema, centro en el que reside la validez del ordenamiento jurídico de un Estado.

En conceptos abstractos, la teoría puede ser cierta; en la práctica como creación humana, toda Constitución Política, tiene errores, omisiones; incluso puede ser interpretada a conveniencia política, ideológica o económica, vulnerando derechos humanos, como ocurrió en algunos países a lo largo del Siglo XX y continúa ocurriendo en el Siglo XXI.

Para las doctrinas iusnaturalistas el fundamento principal de las leyes, si bien reside en la Constitución, ineludiblemente debe ser expresión de los valores y leyes fundamentales del derecho natural, principios éticos de carácter objetivo y universal; verbigracia, derecho a la vida, libertad, seguridad y propiedad.

En consecuencia la Constitución es norma principal, no por la voluntad abstracta de los legisladores; ni por la denominada voluntad general de los pueblos; sino por reconocimiento expreso del Poder Constituyente de los derechos humanos fundamentales, anteriores y superiores al Estado; que obligan a considerar que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, son fines supremos; asimismo a respetar principios y garantías fundamentales; como separación y división de poderes; unidad de la nación, debido proceso, garantías fundamentales y derecho a la alternancia de gobierno.

La Constitución en este contexto, es ley superior el ordenamiento jurídico de un Estado. Es un proyecto de vida político, jurídico, social y económico; para garantizar los derechos y deberes fundamentales, la organización del estado, y la nación; o como decía Jorge Basadre, en el caso de la República del Perú, la promesa de la vida peruana.

La Constitución debe garantizar las libertades y los derechos fundamentales; respeto a la vida, defensa y protección la dignidad de la persona humana, desde que es concebida en el vientre materno; nace, crece se desarrolla y al paso de los años fallece y le corresponde con dignidad la sepultura.

Derecho a la identidad, a la integridad moral, psíquica, física y al libre desarrollo y bienestar. Derecho de igualdad ante la ley.

A la libertad de conciencia y religión, en forma individual o asociada; que garantice que no existe persecución por razón de idea o creencias, que garantice que no haya delito de opinión.

Debe garantizar el derecho a no perder la libertad injustamente, a no ser oprimido, maltratado, torturado, vejado, ni discriminado.

El derecho a la presunción de inocencia.

El derecho a la salud, la educación, la iniciativa privativa; el trabajo, la seguridad social.

El derecho a la paz, al medio ambiente sano, a la tecnología; y otros derechos de las persona humana, de las instituciones y los pueblos.

2 FINES Y ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución Política básicamente tiene 2 fines:

1. Reconocer los principios, valores y normas de conducta, deberes, derechos y responsabilidades de cada ciudadano y brindar las garantías para su cumplimiento.
2. Organizar las bases esenciales para una vida en libertad, democracia, paz y desarrollo, separación e independencia de poderes y alternancia de gobierno.

En cuanto a su organización o estructura, la mayoría de Constituciones tiene 4 partes.

1. Relación de los derechos y deberes fundamentales de las personas.
2. La organización, división del Estado; y las instituciones consiguientes (Parte Orgánica)
3. Los principios y garantías constitucionales. (Control constitucional)
4. Las reglas para la protección, desarrollo y modificación de la propia Constitución.

En la estructura del estado, la Constitución Política debe garantizar la independencia y separación de los poderes públicos. Ejecutivo, Legislativo, Judicial, y Electoral. Asimismo la existencia de órganos constitucionales autónomos. En el Perú, se reconoce al Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Banco Central de Reserva, la Contraloría General de la República y otros.

En los Estados de América Latina, conforme a la historia política del siglo XX y XXI la Constitución debería ser consecuente al considerar la democracia, como una sola; con funciones representativas, participativas y deliberativas. No admitir forma alguna de dictaduras, con eufemismos, de "democracia popular", "democracia directa", ni "autoritarismo", que avasalle, o cope los demás poderes del Estado; rinda culto a un líder, un partido, o poder permanente.

La Constitución es control del poder; para respeto a las garantías y derechos fundamentales. Es límite, división y separación de poderes, o como decía el jurista francés Montesquieu, en su conocida obra "El espíritu de las leyes", para que los ciudadanos de una organización política alcancen una verdadera libertad es indispensable que el poder del Estado se divida en varios poderes que sirvan de contrapeso y se frenen entre sí. En caso contrario, según advirtió hace 2,500 años Aristóteles el poder concentrado se convierte en tiranía.

La Constitución Política, si no tiene mecanismos de protección de los derechos y deberes fundamentales, si no legitima y racionaliza el uso del poder; mediante órganos jurisdiccionales que garanti cen la libertad, la justicia, la paz y la seguridad, sería un catálogo de buenas intenciones; de declaraciones idíli cas, o un "Estatuto del Poder", como ocurrió en el golpe de Estado de 1968 gobierno de las Fuerzas Armadas del General Juan Velasco Alvarado, que promulgó el Estatuto Revolucionario de las Fuerzas Armada, para gobernar al país, en reemplazo de la Constitución de 1933.

De allí la importancia que la justicia procesal constitucional, establezca un conjunto de normas, una organización óptima de jueces especializados y de instituciones que protejan los derechos fundamentales de las personas; organización que a la vez esté limitada por la ley.

3 EL MITO DE TENER UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Actualmente un mito recorre toda América Latina. La creencia que una nueva Constitución puede generar una gran transformación social y económica; esto podría ser cierto; pero no necesariamente lograr una transformación positiva; podría empeorar la situación; conducir directa y abiertamente a una democracia farisea, que no respete los derechos y garantías fundamentales de la persona humana; lo que en el fondo, sería una dictadura.

Algunos sectores políticos de América Latina, sobredimensionan el poder y la eficacia de las Constituciones Políticas de los Estados.

Una gran cantidad especialmente jóvenes cree, que la solución de los graves problemas sociales, se inicia con la promulgación de una nueva Constitución.

En el Perú, por ejemplo se han promulgado 12 Constituciones a lo largo de 200 años de República. La última de 1993 en el gobierno del Ingeniero Alberto Fujimori, que está próxima a cumplir 30 años sin interrupción, y que ha permitido cierto crecimiento económico y social; pero aún falta bastante avanzar en desarrollo descentralizado, equilibrado y equitativo.

La Constitución se debe preservar en el tiempo. Los países desarrollados como Estados Unidos de Norte América, tienen una Constitución con más de 200 años de vigencia; adaptada a las nuevas circunstancias en base a enmiendas. En esencia sigue siendo la misma, que organiza una Confederación de Estados Unidos con plena independencia de poderes, principios, respeto a los derechos y garantías fundamentales.

Los países de América Latina, por lo general, cada cierto tiempo cambian de Constitución, como si fuese la forma de generar el progreso; por ejemplo la República de Haití, ha tenido 22 Constituciones, desde su independencia el 1 de enero de 1804. Ninguna de las Constituciones promulgadas, hasta la fecha ha producido el desarrollo económico, la libertad, la soberanía y la independencia, que probablemente se difundía esperaba

Los cambios constitucionales, deberían hacerse como lo ordena la Constitución, dentro de la propia Constitución.

Es necesario precisar, según el sentido del pensamiento de grandes constitucionalistas como Alexis de Tocqueville, Rudolf Smend, Carl Schmitt, Karl Loewenstein, Hans Kelsen, Ronald Dworkin, que las Constituciones de los países no deberían cambiar fácilmente, cada cierto tiempo.

Las Constituciones Políticas deberían perdurar al paso de los años, con una visión, una inspiración, un proyecto de vida social, con principios, valores, normas e instituciones jurídicas fundamentales; con respeto a los derechos humanos; respeto al principio de separación e independencia de poderes, previsto por Montesquieu y garantías para su cumplimiento.

Debe tenerse presente que una verdadera Constitución, no es una norma que sirve para controlar al pueblo; sino para controlar al gobierno, a los poderes públicos y facticos.

El jurista Patrick Henry decía:

> La Constitución no es un instrumento para que el gobierno controle al pueblo, es un instrumento para que el pueblo controle al gobierno - para que no domine nuestras vidas e intereses.

Una Constitución que sea baluarte de la democracia representativa, debería permanecer en el tiempo, con la flexibilidad y capacidad de adaptación necesaria, al cambio y desarrollo de la sociedad; asimismo en caso necesario con la posibilidad de modificación y reforma, vía los mecanismos establecidos en la propia carta política.

George Washington, uno de los padres del constitucionalismo americano, en ese sentido consideraba que "La base de nuestros sistemas políticos es el derecho del pueblo a hacer y modificar sus constituciones de Gobierno."

Recordemos, que los regímenes totalitarios o populista, que en la práctica, no respetaron ni respetan los derechos humanos, han tenido y tienen hermosas Constituciones; con proclamas e ideales inspiradores y hasta deslumbrantes; pero que en esencia sirvieron y sirven para que los gobernantes opriman al pueblo; y se perpetúen en el gobierno y el Poder.

La Constitución, no debe servir para controlar y manipular al pueblo; ni para crear ilusiones, falsas expectativas, ni fraudes, para apoderarse en forma indefinida del gobierno y del poder, como se ha visto en diversos países.

La verdadera Constitución, debe servir para controlar y limitar el ejercicio abusivo de los poderes

públicos y fácticos; para evitar las propuestas y estrategias de dictadura, arbitrariedad, corrupción, mercantilismo y populismo.

El Estado Constitucional de Derecho, conviene recordar una y otra vez, no es el gobierno de las personas, o los partidos políticos. El Estado Constitucional es el imperio de la Constitución que tiene que concordar con los mandatos de la ley natural, respeto al derecho a la vida, a la libertad, la seguridad, familia, propiedad y derechos fundamentales.

Aristóteles, hace más de 2,500 años, enseñaba en pensamientos que aún están vigentes:

> Un estado es gobernado mejor por hombres buenos, que por buenas leyes. No es la forma de gobierno lo que constituye la felicidad de una nación, sino las virtudes de las autoridades, magistrados y servidores públicos. No hace falta un gobierno perfecto, se necesita uno que sea práctico, que sirva a los ciudadanos y al bien común.

Es decir las virtudes, conocimiento y buena gestión de los gobernantes y ciudadanos, son requisitos necesarios para lograr una buena organización social con valores de libertad, justicia, paz, innovación y solidaridad; cumplir normas justas y sensatas; impulsar el desarrollo moral, social, económico, jurídico y científico; con valores de libertad, justicia, paz, innovación y solidaridad.

Promulgar constituciones y constituciones en el tiempo, sería como pretender terminar con la pobreza, obsequiando dinero; o educar con la entrega de diplomas y títulos. La riqueza se logra con la inversión y el trabajo; la educación con estudio, esfuerzo y práctica. El desarrollo no por la existencia de nuevas Constituciones, sino con buenos gobiernos, confianza, estabilidad y seguridad jurídica.

4 JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

En lo que se refiere a la Constitución Peruana de 1993, las normas fundamentales sobre jurisdicción constitucional, está contenidas en el artículo 200; en los siguientes incisos:

> 1. *Hábeas Corpus*.- Procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
> 2. Amparo.- Contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular. (*) Inciso modificado por el Artículo Único de la Ley N° 26470, publicada el 12 junio 1995.
> 3. Hábeas Data.- Contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución." (*) Inciso modificado por el Artículo Único de la Ley N° 26470, publicada el 12 junio 1995.
> 4. Acción de Inconstitucional.- 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.
> 5. Acción Popular.- Procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.
> 6. Acción de Cumplimiento.- Procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley
> Asimismo:
> 1. Control difuso de la constitucionalidad de las normas legales (artículo 138, 2da. parte);
> 2. Contienda por conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley. (Artículo 202, inciso 3).
> De la relación expuesta, se infiere 3 tipos de procesos constitucionales:
> 1.- Los de garantías constitucionales o jurisdicción de la libertad (incisos 1, 2, y 3 del artículo 200)
> 2.- Los protección de la constitucionalidad de las normas (incisos 4, 5, artículo 138, segundo párrafo y
> 3.- De contienda por conflicto de competencia, entre entidades del estado; y en forma excepcional cumplimiento por renuencia a acatar una norma legal, o un acto administrativo, se entiende en el marco de la Constitución.
> En el ordenamiento jurídico peruano, se tiene cierto consenso en determinar que en forma extraordinaria coexisten los dos sistemas de control constitucional de las leyes:
> a) El control difuso o americano (judicial review). Ejercido por los jueces del Poder Judicial. Artículo 138 segundo párrafo CP.
> b) El control concentrado o europeo. (Por el Tribunal Constitucional Artículo 201 CP.)
> En tal virtud en el Perú, existe una jurisdicción constitucional de orden dual o paralelo, en el ámbito de competencias, atribuciones, facultades y responsabilidades del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

5 EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (correlativos del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), concordante con el artículo 8, ordenan respetar el derecho a un recurso efectivo como

obligación general derivada de la adopción de los tratados internacionales de sobre derechos humanos.

En el Perú, mediante Ley 28237 de 31 de mayo de 2004, se promulgó el Código Procesal Constitucional; existiendo anteriormente una ley que regulaba solo los procesos de amparo y habeas corpus.

El primer Código Procesal Constitucional (Ley 28237), vigente desde el 01 de diciembre de 2004 tuvo una vida de 16 años, 7 meses y 22 días.

El 24 de julio de 2021 entró en vigencia su reemplazo, el denominado "Nuevo Código Procesal Constitucional" (Ley 31307) - NCPC- y su nacimiento no ha sido pacífico pues fue observado por el Poder Ejecutivo, mediante el Oficio N°404-2021-PR del 02 de julio 2021, lo que originó que la Ley fuera reconsiderada por el Congreso, insistiendo en el texto aprobado en la sesión del Pleno del 21 de mayo de 2021.

El NCPC tiene algunas normas que se reiteran del Código Procesal Constitucional y algunos cambios, por ejemplo:

1) Alcances.- El código regula los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia previstos en los artículos 200 y 202, inciso 3), de la Constitución. (art. I del Título Preliminar)

2) Fines esenciales.- Garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa. (art. II del TP)

3) Principios.- Dirección judicial del proceso, economía, inmediación, socialización y gratuidad en la actuación del demandante salvo que se trate de procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas contra resoluciones judiciales. (art. III)

4) Órganos competentes.- Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas Leyes Orgánicas y en el NCPC (art. IV).

5) Amicus curiae, amigos de la Corte por su versación y especialidad jurídica), posibilidad de participación (art. V del TP)

6) Precedentes Vinculantes.- Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. (art. VI)

7) Incompatibilidad.- En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos. (art. VIII)

8) Idioma.- En los lugares donde predominan el quechua, el aimara y demás lenguas aborígenes, la demanda escrita o verbal podrá ser interpuesta en los idiomas respectivos. (art. 2)

9) Competencia en habeas corpus.- Se sustituye al juez penal por el constitucional.(art.3)

10) Prohibición del rechazo liminar.- En los procesos de habeas corpus, amparo y habeas data (art. 6)

11) Competencia por grado.- Los procesos contra amparo por resoluciones judiciales, a magistra dos, se conocen en primera instancia en las Salas Constitucionales, o en su defecto en las Sala Civiles; en segunda instancia en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. (art.9)

12) Modernización.- Impulso a las notificaciones electrónicas. (art. 11)

13) Prueba.- Se brinda posibilidad de presentar pruebas en segunda instancia y el Tribunal Constitucional (art. 13)

14) Apelación.- Procede interponer recurso de apelación sin fundamentar salvo en el proceso de habeas corpus si el apelante es la parte demandada. (art. 21)

15.) Apelación por salto.- De forma excepcional, se permitirá la apelación por salto en casos de resoluciones judiciales en proceso de ejecución de sentencia, cuando se verifique una inacción en su ejecución o cuando se decida en contra de la protección otorgada al derecho fundamental agredido y se desproteja los derechos fundamentales cuya protección ya se otorgó. (art. 22)

16.) Vista de la causa.- En los proceso de habeas corpus, no hay vista de la causa, salvo que el demandante o el favorecido la solicite. (art. 23). En los recursos de agravio constitucional es obligatoria la vista de la causa. (art. 24)

17.) Nuevos principios del proceso de Habeas Corpus.- Informalidad, no simultaneidad, actividad vicaria, unilateralidad (no es necesario escuchar a la otra parte para resolver la situación del agraviado) e imprescriptibilidad. (art.32)

18.) Inclusión de nuevos derechos protegidos, en Hábeas Corpus.- A no ser sometido a esclavitud, servidumbre, explotación infantil o trata en cualquier de sus modalidades; no ser objeto de ejecución extrajudicial, el derecho a la verdad y el derecho a la protección de la familia frente a actos de violencia doméstica. (art. 34)

19.) Inclusión de nuevos derechos protegidos, en Amparo. En el caso del amparo, se han incluido el derecho al libre desenvolvimiento de la persona lidad, a la libertad de conciencia; el derecho de objeción de conciencia y el derecho al agua potable. Este último, como consecuencia de su introducción en la Constitución, artículo 7-A, que dispone que el Estado reconoce el derecho de toda persona a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. (art. 44)

20.) En habeas data.- El derecho de autodeter minación informativa (artículo 2, inciso 6 de la Constitución) con 16 casos de protección. (art.59)

21.) Consultas.- El NCPC no contempla la consul ta para el control difuso en los procesos constitucionales; mantienen la consulta para los casos que la demanda sea declarada fundada (art. 94)

22.) Acuerdos de Sala Plena y Junta de Fiscales.- Como requisito de procedibilidad para demandas de inconstitucionalidad del Presidente del Poder Judicial y Fiscal Supremo. (art. 98).
23.) Decisiones jurisdiccionales de las salas y del Pleno del TC.- Respecto de los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, se reconoce la existencia de 2 salas integradas por tres magistrados cada una y la sentencia requiere de 3 votos conformes. Las decisiones del Pleno, se requiere de 4 votos conformes. (art. 117 y 118).

6 REALIDAD DE LOS PROCESOS CONSTITUCION/ALES

Los procesos constitucionales en el Perú, llámese habeas corpus, amparo, cumplimiento, habeas data, que deberían ser de trámite, breve expeditivo, efectivo y eficaz, para la defensa y protección de los derechos fundamentales, no siempre lo son.

Algunos procesos constitucionales en forma irrazonable, demoran varios años; y para la ejecución, varios años más.

Esta realidad la demora e ineficiencia tiene múltiples causas; como por ejemplo el sistema obsoleto escrito en soporte físico que se sigue utilizando, y el mal uso de los procesos constitucionales, cuando existe consenso en reconocer que son una vía excepcional y extraordinaria.

Una demanda de protección constitucional puede tener un gran número de páginas y documentos anexos; emplazar a un número indeterminado de personas, lo que complica las notificaciones; atender el proceso en 2 instancias; y al final presentar un recurso de agravio constitucional, por ante el Tribunal Constitucional.

En el caso del proceso constitucional de amparo, por falta de juzgados y salas constitucionales, son competentes los Juzgados Civiles, Sala Civiles y Tribunal Constitucional.

El número y congestión de procesos es grande; el Tribunal Constitucional Peruano, hace 8 años, antes de la modificatoria del NCPC tuvo que innovar un mecanismo denominado "resolución interlocutoria", a fin verificar la "relevancia constitucional" de la demanda

Si para criterio de los magistrados del Tribunal Constitucional, el proceso no tenía relevancia constitucional, de plano se declaraba improcedente.

Esa práctica generó diversas críticas, por lo que el Nuevo Código Procesal Constitucional, promulgado el mes de julio del 2021, por el Congreso de la República, en el artículo 6, prohíbe que las demandas de amparo y habeas corpus sean rechazadas de plano.

Ello ha generado un incremento notable, en la presentación de procesos constitucionales, lo que ha generado mayor congestión, porque en esencia, la forma de los procesos constitucionales, sigue siendo la misma.

7 INNOVACIONES POSIBLES

La demanda de justicia constitucional en el Perú y todos los países de América Latina, es grande; y son insuficientes los recursos y los jueces, para garantizarla, en forma oportuna, justa y razonable.

Frente a la declaración de principios y textos llenos de ilusión y esperanza, se presenta la dura realidad, de procesos largos y tediosos; que transitan 2 instancias; hasta llegar al Tribunal Constitucional.

Posteriormente transcurrirán 3 a 5 años, y la gran mayoría serán declarados improcedentes o infundados, con pérdida de tiempo, economía, ilusiones y esperanzas.

Respetuosamente pregunto: ¿Cómo es posible que un proceso de habeas corpus demore 5 años; y se convierta en un juicio, con un expediente tan voluminoso, como el que se quiere anular? El proceso constitucional, no puede ser un depósito de enormes rumas de papel o expedientes físicos escaneados.

Conforme ordena la Convención Americana de los Derechos Humanos los ciudadanos deberían tener la posibilidad de presentar un recurso accesible y fácil para la defensa de sus derechos fundamentales.

El derecho fundamental a un recurso accesible y rápido, por lo general no se viene cumpliendo en nuestros países. Ahora con el desarrollo tecnológico, si existe una buena organización y administración, es posible cumplir dicho objetivo, en forma simple, con eficacia y en plazos razonables.

La justicia que opera en la jurisdicción constitución, debería alcanzar mejor acceso, velocidad, acierto, a fin de cumplir los principios de debido proceso y tutela procesal constitucional efectiva.

En ese sentido algunas propuestas que tenemos a bien formular, son las siguientes:

1.- Formatos electrónicos en procesos constitucionales. Se podría adaptar formatos de demanda, que no superen 12 páginas con el respectivo resumen. Algo similar se ha realizado, la jurisdicción civil en el Reino Unido, con esqueletos de argumentación, según artículo de Josep Gálvez, titulado "Así se ha acelerado la justicia en Inglaterra y Gales en la jurisdicción civil". Los referidos formatos deben evitar las demandas obscuras, ambiguas, ampulosas y farragosas.

Los formularios o formatos, predeterminados desde una plataforma informática, podría ser llenados por los abogados consignando los hechos esenciales que sustentan la pretensión, con las normas jurídicas pertinentes. Es una obligación ser sintético, breve y preciso. Los formatos tendrían que considerar los siguientes datos: 1.- Titular de los derechos constitucionales amenazados o vulnerados. 2.- Fecha, lugar y datos principales de las partes en el proceso. 3.- Hechos numerados y evidenciados en forma precisa, clara y pertinente. 4.- Normas constitucionales y

legales aplicables. 5.- El pronunciamiento que espera lograr de la justicia procesal constitucional.

El formulario, puede estar ligado, a un aplicativo de inteligencia artificial, que admitirá el ingreso de las demandas y programará una audiencia virtual, en forma automática en un plazo razonable. Las notificaciones a las partes también deben realizarse en forma automática, con base en un mecanismo de Documento Nacional de Identidad; vinculado a un correo electrónico.

Fijada la audiencia virtual; la parte demandante podrá hacer uso de la palabra, por un término preciso que podría ser entre 5 a 10 minutos; un resumen de su demanda.

La parte demandada, contesta la demanda en igual término.

El juez formula una serie de preguntas; y emite una decisión oral; la audiencia virtual podría durar aproximadamente 30 minutos.

El juez debe plasmar su decisión oral, en un formato electrónico con característica de ser breve conciso y concreto, en base de datos que se notifica a las partes en forma automática. De preferencia, la decisión se tendría que emitir en la misma audiencia, para cumplir los principios de tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso y celeridad procesal.

2.- Supresión del expediente físico. El concepto de expediente físico, en el Siglo XXI, ha quedado desfasado y obsoleto; debe optarse por la E-Justicia, procesal constitucional oral, con el uso de medios tecnológicos, sin expediente físico alguno. Por ejemplo: a) Procesos constitucionales electrónicos por internet; b) Adaptación y uso de las redes sociales, para casos urgentes; c) Posibilidad de demandas grabadas en medios virtuales, en un tiempo preciso y determinados requisitos; d) Reconstrucción virtual de casos, vídeos, hologramas, etc.

Todo ello con la consiguiente responsabilidad, en caso de mal uso, o uso excesivo o innecesario de los procesos constitucionales.

3.- Justicia oral. El proceso constitucional puede desarrollarse en una sola audiencia virtual; atendiendo y resolviendo la demanda; o en determinados casos urgentes, en "inaudita part", sin citar a la parte emplazada y sin audiencia, tratándose de medidas de protección o cautelares.

4.- Recurso de apelación. Las partes pueden apelar ante la Sala, mediante formato electrónico, que precise: a) Errores de la decisión impugnada; b) Agravios; c) Sustento legal de la pretensión impugnatória.

Recibida la apelación, por sistema en forma automática, se fija vista de la causa, para revisar la apelación en audiencia virtual, por 3 magistrados. La sentencia apelada y actuaciones procesales están inscritos en el sistema informático, en forma de Expediente Judicial Electrónico (EJE).

Fijada la audiencia en forma automática, en un plazo no mayor a los 30 días de emitida la sentencia de primera instancia, en audiencia virtual, debe resolverse el recurso de apelación.

La parte apelante, realiza un informe de 5 minutos; la otra parte, absuelve en 5 minutos.

Los magistrados; formulan preguntas y resuelven el caso en forma oral; la audiencia y la decisión no debería durar más de una hora.

En casos excepcionales podría postergarse para ser dictada en una nueva audiencia a los 3 días. Un último recurso de agravio constitucional se podría tramitar de la misma manera, ante el Tribunal Constitucional.

5.- Constitución legal de cyber tribunales.

6.- Uso de modelística y proyección virtual en el Expediente Judicial Electrónico (EJE procesal constitucional) hyper medios, imágenes, videos, sonido y grabación

7.- Incorporación de bases de datos (legislación, jurisprudencia vinculantes), sistemas interoperables y aplicativos informáticos.

8.- Jurisprudencia vinculante automática, para casos similares.

9.- Homologación automática de casos ya resueltos en forma idéntica, o en los que la vulneración constitucional sea evidente, vía la presentación de la demanda para dictar la medida de protección o cautelar.

10.- Procesos de amparo colectivos, con apoyo en aplicativos de inteligencia artificial, y robótica.

Podría considerarse que la propuesta, dará lugar a un trámite muy expeditivo y de difícil cumplimiento, con pérdida de las formas de la retórica, argumentación y libertad forense. Ello no será así; siempre habrá excepciones y casos complejos que requieran mayor tiempo, estudio y análisis.

Además un gran número de casos que se someten a la justicia constitucional ya fueron juzgados por la justicia ordinaria, y que en el fondo no debería volverse a iniciar un nuevo juicio por las mismas razones; para demorar el cumplimiento de las decisiones judiciales.

De otro lado, la justicia común, también tiene la obligación de realizar análisis y motivación constitucional en sus resoluciones.

La justicia procesal constitucional, no puede congestionarse a tal punto que no sirva para cumplir los altos fines previstos de protección de garantías, cuando realmente corresponde y se requiere con urgencia.

La justicia procesal constitucional debe ser como una Unidad de Cuidados Intensivos (UCI); solo los casos graves deben recibir hospitalización y cirugía urgente.

La mayoría de casos tiene que recibir un tratamiento ambulatorio, prevención, orientación;

atención clínica, no cirugía; se debe evitar una atención igualitaria, en casos diferentes.

En forma algo similar, los procesos constitucionales, deben ser de trámite urgente, excepcional y extraordinario.

Los procesos constitucionales deberían modernizarse, con: autoridad, atención y asertividad (3a) con resultados eficientes, eficaces y efectivos (3e), con métodos innovativos, interoperables e inmediatos (3i) sin las formalidades rígidas de ciertos procesos judiciales.

CONCLUSIONES

1.- Toda Constitución Política, contiene normas de carácter fundamental, es norma superior de un Estado, que debe procurar ser constante en el tiempo; limitar el poder de los gobernantes y los poderes fácticos; portadora de una jurisdicción, efectiva que contemple, las vías para proteger y hacer realidad las garantías constitucionales.

2.- El Derecho Procesal Constitucional en el Perú, tiene como uno de sus principales instrumentos, una jurisdicción constitucional potente, traducida en un sistema de control dual: Difuso, por parte de los jueces constitucionales y ordinarios; y Concentrado por parte del Tribunal Constitucional de la República; depende de los magistrados, con independencia, imparcialidad, impulso procesal, investigación, e identificación con la justicia, hacerla efectiva.

3.- Dichos instrumentos debe ser progresivamente mejorados, en base a una mejor organización, legislación y jurisprudencia, para cumplir sus fines de brindar tutela jurisdiccional efectiva, en un debido proceso, con acierto, con justicia constitucional y en plazos oportunos.

4.- Una alternativa viable para mejorar los procesos constitucionales, es la incorporación de modernos medios tecnológicos, como alternativa al expediente escrito; impulsando el Expediente Procesal Constitucional Electrónico; la justicia oral, el uso de las redes sociales, y determinados aplicativos informáticos que pueden impulsar y facilitar la resolución efectiva de las controversias. Gracias por la atención.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. *In:* Neoconstitucionalismo (s). Trotta, 2003. p. 31 - 48.

ALEXY, Revista de Derecho Administrativo, v. 217, p. 55-66, 1999.

AQUINO, Tomás de. Summa Theologiae. Madrid, BAC, 2001.

CORTINA, Adela. Ética de la razón cordial. Oviedo, 2007.

CORREA, Rubio Marcial. Estudio de la Constitución Política del Perú. Año 1993.

CORREA, Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

KANT, Immanuel. La paz perpetua y otros opúsculos. Lisboa: Ediciones 70, 2004.

LASSALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?. Bogotá, Panamericana, 1995.

MARITAIN, Jacques. Introducción a UNESCO, Los derechos del hombre.1948.

PAG.WEB- Tribunal Constitucional de la República del Perú.

A TRANSFORMAÇÃO TECNOLÓGICA DO PODER JUDICIÁRIO E OS IMPACTOS PROCESSUAIS

THE TECHNOLOGICAL TRANSFORMATION OF THE JUDICIARY AND PROCEDURAL IMPACTS

Karen Paiva Hippertt [1]

O objetivo do trabalho é estudar o fenômeno da transformação tecnológica do judiciário e os impactos processuais decorrentes, à luz do dever de eficiência e do novo paradigma envolvendo a entrega da prestação jurisdicional no Código de Processo Civil. A problemática reside em investigar, diante da crise do Judiciário, os impactos processuais da transformação tecnológica da justiça, máxime, quanto ao cumprimento do dever de busca por um desempenho satisfatório, com entrega adequada da prestação jurisdicional. Como principal contribuição, tem-se que foi o reconhecimento do déficit de infraestrutura do Judiciário como uma das causas da crise da justiça, que motivou a transformação tecnológica do Judiciário com impactos satisfatórios em termos de melhoria da eficiência na entrega da prestação jurisdicional em uma sociedade complexa. Por conclusão, tem-se que a inovação constante com adoção de novas tecnologias na Justiça serviu como espécie de aporte necessário a conferir eficiência e economicidade face ao ônus processual elevado oriundo da crise da Justiça.

[1] Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: karen.hippertt@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5863810703081925. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3991-8850.

Por fim, como resposta a problemática proposta, evidenciou-se a inovação confere força para que o Judiciário enfrente os desafios impostos pelo cenário atual com estratégia.

Palavras-chave: Crise da Justiça; Transformação tecnológica; Judiciário; Impactos processuais; Dever de eficiência.

Adriane Garcel [2]

The objective of this work is to study the phenomenon of technological transformation of the judiciary and the resulting procedural impacts, in light of the duty of efficiency and the new paradigm involving the delivery of jurisdictional services in the Code of Civil Procedure. The problem lies in investigating, in the face of the Judiciary crisis, the procedural impacts of the technological transformation of justice, maximally, regarding the fulfillment of the duty to search for a satisfactory performance, with adequate delivery of the jurisdictional provision. As a main contribution, it was the recognition of the Judiciary's

[2] Doutoranda e Mestre no Programa de Mestrado e Doutorado no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Aplicado e Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Pós-graduada em Ministério Público Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público –FEMPAR. Graduação em Direito pela Universidade TUIUTI do Paraná e em Letras pela Universidade Campos de Andrade. Advogada licenciada da OAB/PR. Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na UNIFACIAP. Assessora Jurídica-Administrativa da Presidência do TJPR. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3684019694966209. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-5096-9982. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br.

infrastructure deficit as one of the causes of the justice crisis, which motivated the technological transformation of the Judiciary with satisfactory impacts in terms of improving efficiency in the delivery of jurisdictional provision in a society complex.

José Laurindo de Souza Netto [3]

In conclusion, constant innovation with the adoption of new technologies in Justice served as a kind of contribution necessary to provide efficiency and economy in the face of the high procedural burden arising from the Justice crisis. Finally, as a response to the proposed problem, innovation was evidenced that it gives the Judiciary power to face the challenges imposed by the current scenario with strategy.

Keywords: Justice Crisis; Technological transformation; Judiciary; Procedural impacts; Duty of efficiency.

[3] Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Desembargador e Presidente do Tribunal de ustiça do Estado do Paraná - TJPR. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil –CONSEPRE. Professor Titular no Programa de Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR e no Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. E-mail: jln@tjpr.jus.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8509259358093260. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-6950-6128.

INTRODUÇÃO

Certo que do Judiciário, assim como de toda Administração Pública, exige-se a busca por um desempenho satisfatório na realização de suas atividades atendendo aos padrões de celeridade, economicidade e racionalização.

O dever de eficiência, previsto no art. 37, da CF, impõe a toda Administração o cumprimento com excelência de suas tarefas, atendo ao binômio tempo-meios apropriados e pertinentes, de modo a gerar resultados qualitativos e quantitativos.

Destarte, um processo ineficiente vai na contramão do próprio Estado Democrático de Direito, uma vez relacionar-se diretamente com à efetividade de todo ordenamento jurídico, impedindo até mesmo a concretização dos direitos violados.

Máxime, com a virada para o neoprocessualismo, é impensável o processo senão enquanto caminho disponível ao Estado para realizar Justiça. Daí a previsão no Código de Processo Civil de uma série de princípios constitucionais como espécie de uma linha mestra basilar à construção do processo do dever ser. A eficiência, por seu turno, vê-se refletida na adoção de institutos inovadores que concretizam o anseio por uma tutela efetiva e substancial dos direitos.

Apesar dos passos trilhados pelo Código, os reflexos do modelo pensado pela Constituição Federal, com ampla inserção de princípios e direitos, com deslocamento do Judiciário para posição central do ordenamento jurídico, e do paradigma enraizado pelo Código de 1973, ainda se deflagram no mundo da vida em uma crise sem precedentes. A litigiosidade é imparável e a taxa de congestionamento dos Tribunais sem precedentes.

Nos últimos anos, o dever de buscar um desempenho satisfatório em meio a um cenário de crise abriu portas ao novo, desencadeando a inserção crescente de novas tecnologias nas mais diversas fases do processo.

Destarte, o presente estudo tem por objetivo central investigar a transformação tecnológica pela qual vem passando o Poder Judiciário e os impactos processuais decorrentes à luz do dever de efetividade.

Para tanto, a exposição se desenvolverá em dois capítulos, para além da introdução e conclusão. Investigar-se-á, primeiramente, a questão da entrega da prestação jurisdicional no Código de Processo Civil para, na sequência, adentrar-se na análise constitucional das garantias fundamentais do processo, com enfoque no dever de eficiência. Por fim, a problemática do presente estudo será objeto de investigação, buscando-se investigar o fenômeno da transformação tecnológica do judiciário e seus impactos processuais à luz da eficiência.

Para a elaboração, será utilizado o método lógico dedutivo, combinados aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

1 A ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM NOVO PARADIGMA NO PROCESSO

A forma com que o Estado-juiz exerce a entrega da prestação jurisdicional a partir de um conflito de interesses é questão central das investigações do direito processual civil, enquanto ramo do direito público (BUENO, 2021, p. 26).

Inobstante, ao tratar da temática, não se pode perder de vista a estrutura do Processo Civil diretamente influenciada pela evolução histórica dos paradigmas vigentes, do modelo de Estado e pensamento jurídico da época.

Conforme esclarece Alvim (2020), o século XIX marca o início de uma revisão de conceitos jurídicos, decorrente da necessidade de elaboração de uma nova ordem alinhada aos anseios da revolução liberal. Igualmente, representa a vigência do civilismo avassalador com o direito processual sendo tido como mero compartimento do Direito Civil, marcado por um método predominantemente descritivo dos fenômenos. Na segunda metade do século XX, o estudo se volta à elaboração conceitual com constituição das bases fundamentais para um estudo dogmático.

Superado o regime militar, o Código de Processo Civil de 1973 refletia o pensamento europeu da metade do século XX, com forte influência da legislação estrangeira, mormente, alemã e italiana, e da corrente científica do Processualismo, predominante no final do século XIX. [1] Até mesmo o conceito de ação adotado, como sendo o direito genérico, indeterminável, inexaurível e inconsumível, tem por origem a teoria abstrata da ação de Tullio Liebman — o chamado mote do pleno acesso à justiça (TARTUCE, 2016), responsável

[1] O "Código de Processo Civil de 1973 teve origem no anteprojeto apresentado, em 1964, pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid. Os anos que antecederam a década de 70, mais precisamente a partir do golpe militar de 1964, foram os "anos de chumbo" do Brasil, que culminaram, em março de 1968, no AI-5, com o fechamento do Congresso, a autorização do Executivo para legislar, a suspensão de garantias constitucionais e legais como vitaliciedade, inamovibilidade ou estabilidade dos juízes, a permissão para o presidente demitir, remover, aposentar, transferir juízes, empregados e militares, e a suspensão das imunidades parlamentares. (...) Os poderes outorgados ao "executivo" foram de tamanha excepcionalidade que permitiram ao governo legislar sobre assuntos relevantes através de Decretos-Leis. A Constituição de 1967 foi a materialização desses poderes (BUENO, 2010, p. 392).". Neste cenário, o Código de Processo Civil de 1973 foi concebido enquanto "instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei" (BUZAID, 1964, p. 28). Assim, "Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduziriam a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deveria ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito, notadamente a rapidez e a justiça. Seria um resultado da técnica, que transcenderia as fronteiras do país, com validade, pois, para muitas nações". – (RAATZ; SANTANNA, 2009, p. 101).

pela crise da Justiça, com aumento desenfreado da litigiosidade. [2]

Dotado de grande tecnicidade e racionalidade, o CPC/73 foi estruturado para ser um "instrumento jurídico eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei", de sorte a se tornar "efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça" (BRASIL, 1973). No entanto, conforme destaca Dinamarco (2000, p. 26), "Nossos olhos não estavam ainda propriamente abertos, nem nossos sentidos atentos à verdadeira revolução cultural em prol da bandeira da efetividade do processo, então brotando em plagas europeias".

Ao centrar-se no tecnicismo e cientificidade positivista, somados à supremacia da lei e neutralidade social [3], o Código de Buzaid perdeu de vista questões fundamentais.

Acentuado o descompasso entre a lei e a realidade, e diante do número crescente de demandas pendentes, o CPC/73 acabou passando por inúmeras reformas visando simplificação geral e maior efetividade, as quais, no entanto, fragmentaram sua redação. [4]

Diante das mudanças ocorridas no cenário social-político-econômico, especialmente, com a entrada em vigor da Constituição Federal, o Código "foi perdendo (...) organicidade, (...) racionalidade e, consequentemente, o seu poder de efetividade na solução dos conflitos" (DONIZETTI, 2020, p. 7), tornando-se inevitável sua ampla, geral e sistemática reformulação, de modo a tornar factível a entrega da prestação jurisdicional na sociedade contemporânea.[5]

Após cinco anos, em um cenário de litigiosidade acentuada e crise da Justiça, o Código de Processo Civil de 2015 entrava em vigor para substituir o modelo polarizado, adversarial, excessivamente formalista e marcado pela prodigalidade recursal adotado pelo antecedente e sedimentado ao longo dos anos em uma cultura jurídica reconhecida como "cultura da sentença [6]".

Mais do que inovações, sua redação representa ruptura paradigmática com inauguração de um novo paradigma que avança no necessário.

A ordem da vez passa a ser a tutela efetiva e substancial dos direitos, com inclusão da atividade satisfativa e adoção de uma linha principiológica (TUCCI; FILHO; APRIGLIANO; DOTTI; MARTINS (coord.), 2019).

Conforme advertem STRECK, NUNES, CUNHA e FREIRE (2016), além de efetividade quantitativa, "o Código de 2015 garante ao jurisdicionado (...) a efetividade qualitativa", com sustentáculo em dispositivos que "reforçam as garantias fundamentais do processo e (...) representam verdadeiras inovações no ordenamento jurídico".

Já, na disposição de motivos, o legislador deixa clara a opção pela adoção de uma sistemática que represente um passo à frente na construção de um sistema processual civil com alto grau de eficiência e funcionalidade, que "proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados", em harmonia com as garantias do Estado Democrático de Direito.

Consta da exposição de motivos que, apesar de não deixar de lado a harmonia e técnica, o Código de Processo Civil prima pela funcionalidade, optando pelo modelo de "um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos

---

[2] Nestes termos, "Código de Processo Civil, fruto do labor do Ministro Alfredo Buzaid, recebeu forte influência da doutrina de Enrico Tullio Lieman e, por conta disso, igualmente da tradição de chiovendiana e das lições de Piero Calamandrei (...)". Assim, "reflete os valores do direito liberal e, especialmente, a doutrina chiovendiana da abstração do processo em relação ao direito material. A ação é conceituada a partir do conceito (...) de Liebman, estabelecendo o art. 267, VI, daquele Código as chamadas condições da ação". – (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

[3] Alvim chama atenção ao papel inanimado que o Código de 1973 conferia ao juiz, "característica marcante deste sistema-modelo, que tem origem na desconfiança em relação ao papel dos juízes no Ancien Régime, de tal forma que haveria de prevalecer a letra da lei. Somente perto do fim do século XIX (1880) passou-se a admitir a interpretação sociológica. (...)". – (ALVIM, 2020).

[4] Sobre a temática, Alvim esclarece que "Grande parte das alterações legislativas (...), em especial do ano 2000 em diante, foram inspiradas na mesma filosofia das minirreformas do Código, com a identificação dos pontos de estrangulamento e apresentação de soluções tópicas, com vistas a um processo mais efetivo". – (ALVIM, 2020).

[5] "Nas quatro décadas de vigência do CPC atual, o país e o mundo passaram por inúmeras transformações. Muitos paradigmas inspiradores desse diploma legal foram revistos ou superados em razão de mudanças nos planos normativo, científico, tecnológico e social. Entre 1973 e 2013, houve edição de lei do divórcio (1977), de uma nova Constituição Federal (1988), do Código de Defesa do Consumidor (1990), do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), das Leis Orgânicas do Ministério Público e da Defensoria Pública (1993 a 1994), um novo Código Civil (2002), e o Estatuto do Idoso (2003), exemplos de diplomas normativos que alteraram substancialmente o arcabouço jurídico brasileiro no período. Pelo fato de muitas das normas e a própria sistematização do CPC de 1973 não se afinarem mais à realidade jurídica tão diferente dos dias atuais, afigura-se necessária a construção de um Código de Processo Civil adequado a esse novo panorama". – (BRASIL, 2005). Igualmente, retrata o legislador na disposição de motivos do Código de Processo Civil: "O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito". – (BRASIL, 2005).

[6] O termo "cultura da sentença" foi empregado por Kazuo Watanabe para referir-se a cultura vigente no Brasil de buscar em larga escala o Judiciário para solucionar os seus conflitos, oposta à cultura do consenso. Faz-se um paralelo à uma sociedade do litígio, em que prevalece a busca pela resolução heterocompositiva e polarizada dos conflitos. – (WATANABE, 2005).

complexo ". O foco deixa de ser a "obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita", para antes corresponder à efetividade do processo e coerência substancial com a Constituição da Federal. Com isso, o processo passa a ser visto enquanto "método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais".

Em verdade, cuida-se da adoção de nova sistemática que confere feição outra a prestação jurisdicional, de modo a garantir uma entrega em tempos e condições adequadas e, portanto, um processo judicial efetivo (art. 37, da CF).

Ato contínuo, visando desatar os "nós", a elaboração do Código volta-se à cinco objetivos principais, os quais dão lugar a medidas inovadoras, simplificação, sistematização dos subsistemas, o combate à prodigalidade recursal, a superação das formalidades excessivas, o fomento a resolução consensual dos conflitos e o estabelecimento de um sistema de precedentes[7], conforme elencado na exposição de motivos (BRASIL, 2015):

> 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Além disso, sua redação "retrata o estado atual da arte", em que a Constituição assume o papel de centralidade próprio de sua força normativa" (HESSE, 1991, p. 16), tendo sido conferida sintonia expressa entre o código e a Constituição com inclusão de uma série de princípios constitucionais, inclusive, com previsão de regras que visam concretizar as garantias fundamentais (GAJADONI; DELLORE; ROQUE, JR., 2022, p. 3).

Conforme destacam WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO e MELLO (2015) o legislador do Código de Processo Civil faz questão de consignar expressamente que o CPC se insere "num universo normativo mais amplo em que, no topo, está a Constituição Federal".

Aliás, a busca por um processo eficiente e efetivo, segue a mesma linha. Reflete a aproximação com a Constituição "em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material" e a maior eficiência que se pode ter do processo resulta de um "Judiciário cuja "performance seja excelente" (BRASIL, 2015). É isso que se espera da entrega da prestação jurisdicional nos novos tempos sob as lentes do constituinte.

1 2 GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS E O DEVER DE EFICIÊNCIA, UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Conforme esclarece DONIZETTI (2020, p. 23), "a doutrina atual costuma dizer que o processo civil "constitucionalizou-se". Isto é, com a passagem do autonomismo processual, para o período instrumental, desembocando no neoprocessualismo, com o fenômeno da constitucionalização do Processo Civil, o processo passou a tutelar uma ordem superior, tornando-se o caminho disponível ao Estado para realizar a Justiça. [8]

Isso se evidencia, mormente, com a própria redação conferida ao Código de Processo Civil de 2015. O primeiro capítulo é destinado justamente a abordar as normas fundamentais do processo, tendo sido traçado rol dos princípios constitucionais que dão luz ao diploma legal.

Numerus apertus, o rol engloba o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou reserva legal (art. 5º, XXXV, CF); acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF); o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF); imparcialidade (art. 5º, XXXVII); contraditório (art. 5º, LV, CF); ampla defesa (art. 5º, LV, CF); fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF); publicidade (art. 5º, LX), celeridade processual (art. 5º, LXXVIII), com a razoável duração do

[7] Neste sentido, cita-se, dentre outros, a simplificação e redução da complexidade dos subsistemas, a exemplo do subsistema recursal, com unificação dos prazos recursais, extinção da figura do agravo retido e embargos infringentes, alteração do regime de preclusões, dentre outras alterações. No mesmo sentido, a restrição das hipóteses de cabimento dos embargos de divergência; reforço ao regime de julgamento de recursos repetitivos, com obrigatoriedade de observância do sistema de precedentes, com possibilidade de sobrestamento de todos os processos pendentes que versem sobre matéria de direito idêntica à que foi afetada para julgamento sistemático de recursos repetitivos, criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, exigência da existência de fundamentação adequada e específica para alterar entendimento sedimentado; adoção em maior medida dos princípios constitucionais em versão processual e a previsão de regras concretizando as garantias constitucionais; sistema multiportas, com fomento a resolução consensual dos conflitos; previsão da figura do *amicus curiae*, extinção de diversos incidentes e das ações cautelares nominadas, com previsão expressa da possibilidade de concessão de tutela de urgência e evidência, além da estabilização da tutela; possibilidade jurídica do pedido não mais como condição da ação; e a possibilidade de modificação do pedido e causa de pedir até a sentença, bem como de o juiz adaptar o procedimento. – (BRASIL. 2015).

[8] No mesmo sentido, MARINONI destaca que "Essa transformação da ciência jurídica, a dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de simples revelação - confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade" – (MARINONI, 2006, p. 48).

processo (art. 5º, LIV, CF); e duplo grau de jurisdição. Além disso, destacam-se pelo código os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, verdadeiros nortes da atuação da Administração Pública.

De mais a mais, ao trazer, já no art. 1º, os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, tem-se que o legislador almeja traçar espécie de "linha mestra fundamental da construção do novo sistema processual civil brasileiro" (WAMBIER, 2016, p. 13), prevista de início como forma de garantia para que o dispositivo seja "lido antes de todo e qualquer outro (...) que integra o Código" (FREUREM; JR., 2016). O objetivo é assegurar que o processo "seja na dinâmica do seu desenvolvimento, seja na sua operacionalização", respeite "primariamente a constituição, bem como, passo seguinte", os "preceitos estratificados no corpo do próprio Código à luz daquela compreensão constitucional" (GAJARDONI; DELLORE; ROQUE, 2015, p. 2 -3). Nestes termos, enunciam (2015, p. 3):

> As normas processuais. A ligação do ordenamento processual com o texto constitucional é umbilical, uma vez que envolve os próprios valores e os princípios fundamentais estatuídos na Carta Magna, não se limitando ao respeito às ditas regras constitucionais. O Código adotou a técnica legislativa de enunciar, já no seu umbral, no seu pórtico de entrada, as regras, os princípios e os valores que timbram sua compreensão, antecipando a direção para a fixação do sentido e do alcance de suas disposições. (...) Sem receio, podemos dizer que, atualmente, o ordenamento jurídico está imerso na Constituição, funcionando esta como bálsamo que encharca, purifica e fixa o sentido e alcance de todas as normas jurídicas.

Estabelecida uma nova dogmática processual, o direito processual é lido à luz "da necessidade de que o direito fundamental a um processo justo (tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada) seja respeitado, conforme os princípios e garantias processuais" (DONIZETTI, 2020, p. 26).

Nestes temos, tem-se a garantia de acesso a um processo justo como "garantia-síntese", da qual decorre todo o conjunto de princípios e garantias constitucionais fundamentais e para a positivação da qual o legislador previu uma série princípios e garantias, "impondo várias exigências ao sistema processual por meio de um conjunto de disposições que convergem para esse fim" (DONIZETTI, 2020, p. 30).

Ademais, o acesso mencionado pelo legislador não é qualquer um, mas um que seja efetivo, substancial, a uma ordem jurídica justa (célere, efetiva e adequada). Daí a adoção de um novo paradigma processual voltado à tutela efetiva e substancial dos direitos, com inclusão da atividade satisfativa e adoção de uma linha principiológica (TUCCI; FILHO; APRIGLIANO; DOTTI; MARTINS (coord.), 2019).

Nestes termos, um processo ineficiente contraria às próprias garantias constitucionais de um Estado de Direito, já que impede o "reconhecimento e realização dos direitos, ameaçados ou violados". Uma vez ineficiente, "todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade", transformando-se "as normas de direito material (...) em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo" (BRASIL, 2015). Conforme já dizia Rui Barbosa (1977), "a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta".

Neste contexto, o princípio da eficiência ganha principal relevo, consistindo sua concretização em um dos principais desafios enfrentados nos tempos atuais, em um contexto tão volátil e complexo, de litigiosidade acentuada.

A eficiência, no entanto, não se limita ao processo, mas transcende a ele. Abarca os sujeitos processuais e a própria Administração Pública. Muito menos, restringe-se a celeridade, ou economicidade, englobando também a racionalização.[9]

Trata-se da concretização do direito fundamental à boa Administração [10], que vincula toda a Administração Pública, direta e indireta, ao cumprimento qualitativo de suas tarefas, atentando ao binômio tempo-meios apropriados e pertinentes.

Eficiente é a atuação "que proporciona resultados quantitativos e qualitativos". Portanto, uma atividade administrativa eficiente é aquela que é exercida "com presteza, perfeição e rendimento", conforme conclui MARINELA (2011. p. 43).

Para LOBATO NETO e TABAK (*in* CONTI (coord.), 2017, p. 222), "pela análise da eficiência, deve-se examinar a relação custo-benefício de duas ou mais atuações possíveis relacionadas a uma das quatro facetas deste princípio (servidor público, órgão ou entidade responsável, pessoa política, toda federação), sendo a mais eficiente a atuação que possuir o maior

[9] Cf. GABARDO *apud* JÚNIOR; ZOCKUN; ZOCKUN; FREIRE (coord.), 2017.

[10] Acerca do sentido de boa Administração: "trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridade". – (FREITAS, 2014, p. 21); "Descendente do princípio da boa administração pública, o princípio da eficiência (...) e entendido nos confins do princípio da legalidade, reclama da Administração Pública e daqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos, uma ação idônea, econômica e satisfatória. Pressupõe, nessa medida, a racionalidade e otimização do uso dos meios (economicidade) e, ao mesmo tempo, a satisfatoriedade dos resultados a serem alcançado". – (VALIM, 2015, p. 118).

benefício líquido (maior diferença entre benefícios e custos) ".

Ainda, considerando o disposto no artigo 37 da Constituição Federal, é evidente a exigência de que a Administração Pública, na figura do Judiciário, busque desempenho satisfatório, máxime, uma vez depender a eficiência da jurisdição de uma eficiente administração judiciária (DE LIMA, 2019).

Se a nenhum órgão é possível furtar-se do conceito abrangido pela garantia da eficiência, evidente que e o Judiciário deve, "de igual forma, assim agir por meio de seus agentes e estrutura administrativa" (JOBIM, 2018). [11]

A redação conferida ao art. 8º do CPC evidencia isso, impondo à observância do princípio constitucional do art. 37 da CF [12], voltado a toda a Administração Pública, pelo Judiciário, enquanto poder do Estado que exerce função administrativa indispensável à função jurisdicional do Estado. Nestes termos, CUNHA (2016, p. 6) [13]:

> Assim, ao se pensar na Administração Pública, direta e indireta, ainda há que se preocupar em todos os órgãos que a compõe (...), uma vez que, como se sabe, a descentralização político-administrativa é uma realidade brasileira, podendo, diante da autonomia assegurada a cada ente estatal, existir uma complexa raiz com multifacetadas atribuições, sendo que, todas elas, por previsão constitucional, deverão ser eficientes.

Destarte, cuida-se a eficiência de direito fundamental, um dos principais corolários da garantia da razoável duração do processo e do devido processo legal, mas que se inter-relaciona com uma série de outros princípios, inclusive, o do acesso à justiça[14], parte integrante da categoria dos direitos sociais e que exige prestação positiva do Estado.

Somada aos demais princípios da Administração, a eficiência compõe os pilares de um serviço público prestado com qualidade, ou de forma "minimamente satisfatória"[15], inclusive, com autorização para reformulação e desburocratização, conforme adverte GABARDO *(apud* JÚNIOR; ZOCKUN; ZOCKUN; FREIRE (coord.), 2017).

Aliás, é a correspondência com os demais direitos fundamentais que, em maior medida, delineia a eficiência como direito fundamental, atraindo para si a aplicabilidade plena e eficácia imediata (art. 5º, inciso I, da CF). Além, da dupla dimensão, objetiva e subjetiva, a segunda como guia das "tarefas dos órgãos judiciários" (MARINONI, 2010, p. 73).

Tudo isso, somado a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, torna a eficiência garantia que se vincula a todos os "órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade" (SARLET, 2010, p. 369 – 373). Por isso, tem-se a eficiência ligada a cada ato realizado por cada agente que compõe cada um dos órgãos da Administração Pública (JOBIM, 2018).

Quanto aos seus reflexos práticos, no âmbito do Processo Civil, são vistos na estruturação do novo modelo de justiça, com reestruturação do Código e previsão de mecanismos inovadores, conforme visto no tópico antecedente. No âmbito do Judiciário, por sua vez, tem-se a eficiência gerencial, com outorga de maior eficiência, qualitativa/ideal e quantitativa/instrumental, possível ao sistema jurídico, de modo a assegurar a efetiva atuabilidade dos direitos, com entrega da prestação jurisdicional como deve ser, satisfativa (adequada, efetiva e tempestiva) (MARINONI, 2014, p. 715).

Ademais, o grande comprometimento com a eficiência, refletido na redação conferida à Constituição Federal e ao Código de Processo Civil, na sociedade do risco, se vê presente no fenômeno da transformação tecnológica do Judiciário, uma tentativa de, em tempos desafiadores, assegurar a entrega substancial da prestação jurisdicional por meio de uma administração judiciária mais próxima o possível da excelência.

A onda das tecnologias na Justiça vem conferindo ganhos múltiplos em termos de eficiência em um contexto de crise, conforme será abordado no tópico seguinte.

2 A TRANSFORMAÇÃO TECNOLÓGICA DO PODER JUDICIÁRIO E OS IMPACTOS PROCESSUAIS

A configuração da ordem democrática a partir do modelo de estado pensado pela Constituição Federal, com incorporação de princípios localizados no ápice da esfera valorativa, inserção de amplo rol de

[11] Cf. ARENHART, 2014. p. 46; DIAS, 2004. p. 154; CASAGRANDE *apud* TAVARES (coord), 2008, p. 91; CASTRO JÚNIOR, 2012, p. 34; REDONDO, 2013, p. 97 - 110; CABRAL, 2015, p. 106; ALVIM, 2016. p. 72 - 73; ALMEIDA *apud* CONTI (coord), 2017, p. 25.

[12] Também, previsto nos arts. 74, II; 144, § 7º; e 126, parágrafo único, todos da CF.

[13] Para MEIRELES, "Numa visão global, a administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas". – (MEIRELES, 2004, p. 64).

[14] Conforme destaca DIDIER "O processo, para ser devido, há de ser eficiente. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal. O artigo 8º do CPC também impõe ao órgão jurisdicional a observância do princípio da eficiência". – (DIDIER JR, 2016, p. 100). GABARDO, por sua vez, enfatiza a íntima ligação do princípio com os demais princípios constitucionais da Administração Pública, ligados entre si pelo princípio da finalidade pública. – (GABARDO *apud* JÚNIOR; ZOCKUN; ZOCKUN; FREIRE (coord.), 2017).

[15] Cf. ÁVILA, 2005, p. 23 – 24.

direitos no ordenamento e preocupação com a concretização, efetivação e aplicação dos direitos fundamentais, impulsionou a expansão da atuação do Judiciário, chamado a atuar, ante a fragilidade da estrutura do Estado, na ausência dos demais poderes políticos, com o fim de assegurar as promessas constitucionais [16].

Somado a isso, o modelo do Código de Processo Civil de 1973, legalista, burocratizado, cientificista, centrado no tecnicismo positivista, neutralidade social e no mote do pleno acesso à justiça, corroborou a crise da Justiça com aumento desenfreado da litigiosidade e "extrema dificuldade para a apresentação de respostas em tempo adequado à enorme demanda surgida" (JUNIOR, 2020, p. 23).

Neste sentido, a crise da Justiça se deu quando a moderna jurisdição, pautada na dogmática jurídica tradicional, em meio à um Judiciário com precariedade em seu aparelhamento e defasado na resolução de conflitos, tornou-se "incapaz de atender aos conflitos contemporâneos advindos da criação dos direitos sociais" (SAID FILHO, 2017, p. 175 - 200).

Conforme adverte MORAIS (2005, p. 179), a sociedade se complexificou de tal forma que o mister de responder adequadamente ao déficit de direitos fundamentais e anseios sociais tornou-se tarefa árdua até mesmo para o Judiciário.

No ano de 2019, por exemplo, o Judiciário contava com um estoque de 77,1 milhões de processos em tramitação, com uma taxa de congestionamento de 68,5%, sendo que a grande maioria destes eram ações repetitivas com mesma tese jurídica. Foi o maior volume obtido nos últimos anos com demanda pelos serviços da Justiça, com 2 milhões ações originárias em 2019, 3,3% a mais que no ano anterior (CNJ, 2020).

Ato contínuo, malgrado o Código de Processo Civil trace caminho em direção ao estabelecimento de um novo paradigma processual, avançando em pontos fundamentais, o desenvolvimento pelo Judiciário de uma atividade eficiente, alinhada aos anseios constitucionais, vai para além, demanda a adoção de inovações.

Conforme afirma Daniel Hillis, co-chairman da Applied Minds (2014), "Os desafios e os problemas que estamos encarando hoje são complexos demais para serem atacados por um único ser humano. Assim, a entidade que vai resolver o problema será uma combinação de humanos e máquinas trabalhando juntos, formando uma espécie de inteligência integrada.".

As tecnologias, neste sentido, vêm justamente para agilizar e melhorar o trabalho, oferecendo respostas rápidas e assertivas à sociedade. Os softwares de inteligência artificial, por exemplo, reduzem em larga escala as atividades repetitivas e burocráticas dos operadores do direito, triagem de processos, indicação de casos repetitivos, precedentes vinculantes aplicáveis, pesquisas de jurisprudência e doutrina, que poderão ter mais tempo para se dedicar a atividades mais complexas. [17]

À luz do dever de eficiência, o aperfeiçoamento constante com inovação e adoção de novas tecnologias longe de ser opcional, é dever, sobretudo, em tempos tão críticos. Trata-se do caminho para solucionar os problemas tão complexos que hoje se colocam ao Judiciário, enquanto "*locus* de concretização de direitos previstos mas não cumpridos pelos demais poderes (TASSINARI, 2013, p. 39)".

Na era do Big Data, a inovação é o caminho para que haja o cumprimento pela Administração dos "seus deveres de maneira adequada e com "efetiva entrega de resultados (...). A obsolescência legalista e os procedimentos burocráticos devem dar espaço a um poder público mais ágil e que possa atender as exigências do cidadão do século XXI" (MARRAFAN, 2016). No mesmo sentido, NOHARA (2020, p. 65 - 71):

> [...] sem a força da inovação não há como pensar em soluções estratégicas para os desafios que as Administrações Públicas enfrentam no cenário atual, sendo que a gestão pública deve dar soluções distintas às novas circunstâncias que surgem, pois, em conhecido raciocínio: soluções antigas dificilmente solucionarão novos problemas.

O próprio constituinte, aliás, exige a inovação nos serviços judiciários ao determinar no §7º do art. 39

[16] "Como decorrência da democratização das relações sociais, tem-se a quantificação das demandas submetidas ao Estado, na medida em que surgem novos atores das relações sociais – com o reconhecimento dos direitos sociais, vários grupos e classes puderam ser protagonistas de disputas, exigindo do ente estatal resposta às exigências formuladas. Além do que não se trata apenas de um aumento quantitativo da atuação estatal, mas também a exigência por respostas até então não proferidas em termos de conteúdo, por se tratar de direitos jamais protegidos pelo Estado e políticas sociais até então não ofertadas". – (SAID FILHO, 2017, p. 175 - 200).

[17] O uso da inteligência artificial na automação das decisões judiciais se dá em três níveis que variam de acordo com a extensão da aplicação da Inteligência Artificial às decisões. Em um primeiro nível, o emprego da Inteligência Artificial permitirá que o sistema aponte, inclusive, erros e sugira modelos de fundamentação e de pré- análise de decisões à serem utilizadas. Em um segundo nível, a automação é empregada na gestão do processo que será conduzido de forma independente pelo próprio sistema, efetivando atos e despachos mais mecânicos. Diferentemente do primeiro nível, no segundo a verificação pelo ser humano, que irá centrar sua atividade na elaboração de decisões mais complexas, antecipação de tutela, decisões interlocutórias, saneadores e sentenças. Diante do desenvolvimento incipiente da IA, tem-se por tendência a manutenção da intervenção humana por meio de avaliação e conferência da legitimidade das tarefas realizadas pela máquina. – (MEDINA; DOS PASSOS MARTINS, 2020).

da CF a inovação no Poder Público. No mesmo sentido, tem-se o teor dos arts. 37, 93, 218 e 219, todos da CF.[18]

Destarte, reconhecido o déficit de infraestrutura do Judiciário como uma das causas da inoperância e a adoção das novas tecnologias enquanto aparato essencial a conferir economicidade e eficiência, nas últimas décadas, foi dado início a um movimento de transformação tecnológica.

A digitalização dos processos, com a Lei 11.419/2006, foi o grande primeiro passo para diminuir a burocracia necessária ao andamento e gestão dos feitos. Antes disso, dois terços do período total de tramitação das ações de rito ordinário compreendiam o chamado —tempo morto do processo, tempo total destinado a atividades burocráticas para gerenciamento e andamento do processo físico (TEMER; CORDEIRO, 2014, p. 204 – 243).

Em 2015, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução n. 211, instituindo a Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário e fixando agenda quinquenal de discussão acerca da inserção das novas tecnologias na Justiça.

Na sequência, de modo a contornar o, até então, ônus elevado aos padrões de eficiência da prestação jurisdicional resultante, a tecnologia passou a ser acrescida a todas as etapas do processo, aparelhando desde a busca de endereços e bens até mesmo a realização de audiências e o juízo de admissibilidade de recursos, nestes termos (HIPPERTT; NETTO; GARCEL; NETTO, 2021, p. 1 – 322):

> (1) sistemas de busca usuais, tais como, BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD, SIEL e etc; (2) sessões, audiências virtuais e Online Dispute Resolutiom (ODR), por meio do Skype, Zoom, WhatsApp e plataformas como o "consumidor.gov.br", "juster.com" (TJRJ), Cisco Webex (TJPI) e CEJUSC Virtual (TJPR); (3) Projeto VICTOR, utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, possibilita a classificação dos processos em temas de Repercussão Geral, registro de erros na resposta dos modelos e implementação de modelos de classificação de machine leraning; (7) Projeto SINAPSE, no âmbito do CNJ, que deu origem ao Movimento Inteligente, que faz uso de mecanismo de leitura automatizado para classificar o movimento do processo, conferindo mais eficiência ao cadastramento de peças e documentos, e o Gerador de Textos, similar aos geradores de texto dos aplicativos que completam automaticamente as sentenças; (8) robô Pôtis, utilizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte para a execução fiscal e penhora de bens; (9) o Radar, que assiste os juízes de primeira instância do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na localização e agrupamento das demandas repetitivas, já as pré-definindo; (10) o Elis, que auxilia à triagem de processos de execução fiscal no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Ainda, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem-se os sistemas Sócrates, Athos e a ferramenta e-juris[19]. Todos visam a otimização e racionalização da triagem processual, com redução do volume de trabalho e aumento da qualidade das decisões. O objetivo é conferir "mais efetividade ao instituto dos recursos especiais repetitivos " (STJ, 2020).

De mais a mais, os resultados preliminares obtidos com o uso das tecnologias na Justiça, apesar de incipientes, uma vez recente sua adoção em maior medida, têm sido promissores.

A título de exemplo, o Pje possibilitou a eliminação de diversas atividades burocráticas, permitindo a realização de vários atos em um único. Igualmente, no Superior Tribunal de Justiça, após a adoção de tecnologias que facilitam a triagem e seleção dos processos, o número de demandas diminuiu em mais de 15%, no período de 2018 a 2020 (STJ, 2020). O Projeto Athos, por exemplo, permitiu a identificação de 51 controvérsias e a afetação de 13 temas. No Supremo Tribunal Federal, o projeto VICTOR (FERNANDES; CARVALHO, 2018, p. 89 – 90) reduziu em 60% o tempo de trâmite das ações. No Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o Hórus viabilizou "a classificação de documentos para distribuição de 274 mil processos de modo automático da VEF" (TJDF, 2021). Ademais, o robô Elis, utilizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais,

[18] No âmbito infraconstitucional, tem-se a Lei 10.973/2004, modificada pelas Leis 13.243/2016 e 3.322/2016, que impõe "a ampliação significativa das atividades inovadoras pelo setor público", com incentivo ao desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação". Na mesma linha, a Resolução 358/2020 do CNJ, que regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário, bem como a Resolução 325/2020, também do CNJ, que ao estabelecer a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o próximo zexênio, elege enquanto valores, dentre outros, a eficiência e inovação. Também, a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, que prevê a inovação e infraestrutura como um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. – (NETTO; GUILHERME; GARCEL; NETO, 2021, p. 165 – 187).

[19] O primeiro sistema possibilita que o usuário identifique rapidamente em uma "nuvem de palavras" por ele fornecida o conteúdo do recurso, sugerindo, as controvérsias jurídicas presentes e indicando eventual correspondência com matérias afetadas em repetitivos do STJ. Além disso, sinaliza qual foi o permissivo invocado para interpor o recurso, quais leis são descritas como violadas ou são "objeto de divergência jurisprudencial e os paradigmas citados para justificar a divergência". Posteriormente, indicando itens "potencialmente inadmissíveis". O segundo sistema, auxilia na identificação de processos que devam ser submetidos à regime de afetação, que possua entendimentos similar ou distinto dos demais órgãos da corte, matéria relevante e eventual divergência e superação de precedentes. A última ferramenta, visa auxiliar a secretaria de Jurisprudência na tarefa de "extração das referências legislativas e jurisprudenciais do acórdão, além da indicação dos acórdãos principal e sucessivos sobre um mesmo tema jurídico". – (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. (STJ, 2020).

permitiu o exame de cerca de 80 mil processos, que não seriam analisados em menos de um ano e meio, em 15 dias, aproximadamente (AMARAL, 2020).[20]

Máxime, em um contexto pandêmico, os benefícios processuais obtidos com o uso das novas tecnologias evidenciam-se ainda mais, diante da alta produtividade dos magistrados que proferiram, ao todo, 45.5 milhões de decisões, 29.2 milhões de sentenças e acórdãos e 78.3 milhões de despachos (AMB, 2021).

Conforme destaca Renata Gil e Rodrigo Fux (2020), se a pandemia tivesse eclodido anos antes teria paralisado o funcionamento dos tribunais. A tecnologia, no entanto, não apenas permitiu o seu funcionamento normal dos tribunais como também possibilitou elevados índices de produtividade, com entrega ótima da prestação jurisdicional em tempos e condições adequadas.

Ademais, os dados do Relatório Justiça em Números de 2020, referentes ao ano de 2019, revelam que o ano de 2017 foi o primeiro da série histórica em que se verificou freio no acervo que até então vinha crescendo. O ano de 2018, por sua vez, foi marcado por uma redução no número de feitos pendentes, o qual reduziu ainda mais no ano seguinte, com um milhão e meio de processos a menos, em razão do aumento no número de processos baixados, com IAD [21] de 117,1%. Isso, é atribuído às políticas adotadas pelo CNJ, com adoção de Metas Nacionais que tem por enfoque o aprimoramento da prestação jurisdicional. [22]

Destarte, a transformação tecnológica do Judiciário modificou a forma com que a função jurisdicional se desenvolve. Com a eliminação, sobretudo, das tarefas burocráticas, repetitivas e manuais, a utilização estratégica das ferramentas tecnológicas, com implementação de sistemas inteligentes e integrados, possibilita uma maior dedicação às atividades intelectuais e, com isso, não apenas uma entrega quantitativa, mas qualitativa da prestação jurisdicional. Reduziu-se em tempo, ganhou-se em qualidade.

Nestes termos, as novas tecnologias subsidiam a construção de uma Justiça mais moderna, eficiente, ágil, rápida e substancial, concretizando transformações profundas e exponenciais no fazer justiça no brasil. É na inovação que reside a força para que o Judiciário enfrente os desafios impostos pelo cenário atual com estratégia.

CONCLUSÃO

O restabelecimento da ordem democrática com a Constituição Cidadã foi responsável pela incorporação de uma série de princípios localizados no ápice da esfera valorativa e inserção de um amplo rol de direitos no ordenamento jurídico brasileiro, colocando o Judiciário em posição central, chamado a atuar na ausência dos demais poderes políticos.

O Código de Processo Civil de 1973, por seu turno, mostrava-se cada vez mais em descompasso com a realidade. Seu modelo racionalista e tecnicista, com o passar do tempo, foi perdendo seu poder de efetividade, corroborando à instauração de uma crise sem precedentes no sistema de Justiça.

O Código de 2015, então, entrava em vigor com a missão de estreitar o descompasso criado entre a lei a realidade. Preocupando com a tutela efetiva e substancial dos direitos, buscou reforçar as garantias fundamentais do processo, incorporando uma série de mecanismos inovadores na tentativa de que o "direito fundamental a um processo justo (tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada)" fosse respeitado (DONIZETTI, 2020, p. 26).

Com o estabelecimento de uma nova dogmática processual, a questão da efetividade ganhou especial relevo, uma vez constatado que a ineficiência do processo representa empecilho até mesmo ao próprio reconhecimento e realização dos direitos, bem como a efetividade de todo o ordenamento.

Evidente que se de toda Administração Pública exige-se a busca por um desempenho satisfatório na realização das atividades atendendo aos padrões de celeridade, economicidade e racionalização, nos moldes do que dispõe o art. 37, da CF, com o Judiciário não seria diferente.

Inobstante, em meio a uma crise sem precedentes, o cumprimento do dever de buscar um desempenho satisfatório passou a exigir mais, impulsionando a adoção de inovações como exigência indissociável da própria ideia de jurisdição.

Neste cenário, as novas tecnologias passaram a cada vez mais fazer parte do quotidiano dos tribunais, compondo boa parte das fases do processo, com o fim de aparelhar o Judiciário na realização das mais diversas atividades.

Sistemas para busca de bens e endereços, audiências virtuais, resolução online de controvérsias, sistemas inteligentes que classificam processos em temas de Repercussão Geral, os movimentos do processo, cadastram peças e documentos, completam automaticamente sentenças, registram erros na resposta e indicam até mesmo pré- análise de decisões a serem utilizadas, são apenas o começo.

Destarte, o que se vê é um potencial incrível. As tecnologias são as ferramentas mais aptas a, na sociedade contemporânea, conferir celeridade e

[20] Cf. HIPPERTT; NETTO; GARCEL; NETTO, 2021, p. 1-322.

[21] O IAD corresponder à medição da relação entre o que se baixou e o que ingressou.

[22] Dentre os Macrodesafios da Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2021-20206 estão o Fortalecimento da Estratégia Nacional de TIC e proteção de dados, com a promoção de inovações tecnológicas.

efetividade à entrega da prestação jurisdicional, como tem se dado com o uso do VICTOR, Hórus, Elis e outros.

A pandemia, por seu turno, evidenciou ainda mais os impactos processuais positivos. Foi a transformação tecnológica do Judiciário ao tempo certo que permitiu o funcionamento com excelência em tempos tão excepcionais.

Neste sentido, tem-se que a inovação constante com adoção de novas tecnologias na Justiça serviu como espécie de aporte necessário a conferir eficiência e economicidade face ao ônus processual elevado oriundo da crise da Justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Menezes. A noção constitucional de 'administração pública' aplicada ao Poder Judiciário. In: Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas. José Maurício Conti (coord). São Paulo: Almedina, 2017.

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil [livro eletrônico]: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. E-book. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. ISBN 978-65-5065-378-1. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/93643589/v19/page/1. Acesso em: 15 jun. 2021

ALVIM, Arruda. Novo contencioso cível no CPC/2015: de acordo com o novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AMARAL, Camila. Você conhece todos os robôs que já operam no Judiciário brasileiro?. Migalhas, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/322824/voce-conhece-todos-os-robos-que-ja-operam-no-judiciario-brasileiro. Acesso em: 15 jun. 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de direitos individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 4. 2005. p. 23 - 24. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 11 set. 2017.

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

BRASIL. Associação dos magistrados brasileiros. Amb.com.br, 19 abr. 2021. Disponível em: https://www.amb.com.br/confira-produtividade-do-poder-judiciario-durante-pandemia/. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-udiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Lei n ° 5. 869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o Código de processo Civil. Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Novo Código de Processo Civil: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília, 2005. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. Stj.jus.br, 23 ago. 2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx. Acesso em: 15 jun. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Inteligência artificial: uma realidade no Poder Judiciário. Tjdft.jus.br, 2021. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/inteligencia-artificial. Acesso em: 15 jun. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Ordem pública processual. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CASAGRANDE, Érico Vinicius Prado. Efetividade do direito e eficiência do Judiciário. In: TAVARES, Fernando Horta (coord.). Urgência de tutela. Curitiba: Juruá, 2008.

CASTRO JÚNIOR, Roberto Apolinário de. Eficiência jurisdicional: a razoável duração dos procedimentos frente às garantias fundamentais. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CUNHA, Leonardo carneiro. A Fazenda Pública em juízo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DE LIMA, Telmo Gonçalves. O princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil. Migalhas, 3 jun. 2019.

Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/303450/o-principio-da-eficiencia-no-novo-codigo-de-processo-civil#comentario. Acesso em: 8 jun. 2021.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 18. ed. v. 1. Salvador: Juspodivum, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/322824/voce-conhece-todos-os-robos-que-ja-operam-nojudiciario-brasileiro. Acesso em: 1 ago. 2020.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Direito Processual Civil. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020. E-book. ISBN 978-85-97-02460-9. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024616/epubcfi/6/44%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dpt1ch02%5D!/4/2/4%5Bvst-image-button-954710%5D%400:0. Acesso em: 15 jun. 2021.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (coord.). In: Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREIRE, André Luiz (coord.). Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Recurso eletrônico World Wide Web (10 tomos). Disponível em: https://www.academia.edu/33015227/O_princ%C3%ADpio_da_efici%C3%AAncia. Acesso em: 8 jun. 2021.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREUREM Phablo; JR., Valdeí de Amorim Coelho. O conteúdo principiológico da Lei 13.105/2015: uma análise sobre a nova sistemática processual e suas implicações práticas. Revista Âmbito Jurídico, 1 jul. 2016. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-conteudo-principiologico-da-lei-13-105-2015-uma-analise-sobre-a-nova-sistematica-processual-e-suas-implicacoes-praticas/. Acesso em: 7 jun. 2021.

GABARDO, Emerson. Princípio da Eficiência. In: JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord.). Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Recurso eletrônico World Wide Web (10 tomos). Disponível em: https://www.academia.edu/33015227/O_princ%C3%ADpio_da_efici%C3%AAncia. Acesso em: 8 jun. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; JR., Zulmar Duarte de Oliveira. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral. São Paulo: Forense, 2015.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição: (die normative kraft der verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HILLIS, Daniel. The Future of Cognitive Computing. Youtube, 13 jan. 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=YRdeFdiBjHM. Acesso em: 20 ago. 2020.

HIPPERTT, K. P.; NETTO, E. L. S.; GARCEL, A. ; DE SOUZA NETTO, J. L. . O acesso à justiça em tempos de crise e a onda das tecnologias na justiça brasileira. In: Adriane Garcel; Eleonora Laurindo de Souza Netto; Laís Silva Zimiani; Lilian Cristina Pinheiro Goto (org.). Conciliação & Mediação: Métodos Adequados de Solução de Conflitos. 1. ed.Curitiba: Clássica, 2021. v. 1. p. 1 - 322.

JOBIM, Marco Félix. As funções da eficiência no processo civil brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. E- book. ISBN 978-85-549-4757-6. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F149280560%2Fv1.9&titleStage=F&titleAcct=ia744803f00000162bb79697c14d25b28#sl=e&eid=6328f781af8dda602d5232d2b40fab12&eat=&pg=&psl=&nvgS=false&tmp=567. Acesso em: 8 jun. 2021.

JUNIOR, Paulo Cezar Neves. Judiciário 5.0: inovação, governança, usucentrismo, sustentabilidade e segurança jurídica. São Paulo: Editora Blucher, 2020.

LOBATO NETO, Lucival Lage; TABAK, Benjamin Miranda. A relação entre o princípio da eficiência e o da proporcionalidade pela ótica juseconômica e as suas consequências. *In:* CONTI, José Maurício (coord.). Poder Judiciário: orçamento, gestão e políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2017.

LUCAS, Doglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. v. 1. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. *E-book*. ISBN 978-85-203-7273-9. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104419858/v3/document/122665007/anchor/a-122665007. Acesso em: 15 jun. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; MIRIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfganf. Curso de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia; DOS PASSOS MARTINS, João Paulo Nery. A era da inteligência artificial: as máquinas poderão tomar decisões Judiciais?. Revista dos Tribunais. v. 1020. 2020.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NETTO, José Laurindo de Souza; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL, Adriane; NETO, Miguel Kfouri. Planejamento estratégico sustentável do poder judiciário paranaense. In: NETTO, José Laurindo de Souza; GIACOIA, Gilberto; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; GARCEL, Adriane; FOGAÇA, Anderson Ricardo; FILHO, Ruy Alves Henriques et al. Direito, Justiça & Sociedade: Estudos em homenagem a criação da Escola Judicial do Paraná. Curitiba: Editora Clássica, 2021. p. 165 – 187.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na administração pública contemporânea: destruição criadora" ou "inovação destruidora" do direito administrativo. Revista Fórum Administrativo–FA, 2020, p. 65 - 71.

RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973. Justiça & História. v. 9. n.17/18. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2009.

REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS. v. 15. n. 30. p. 97 - 110, 2013.

SAID FILHO, Fernando Fortes. A crise do poder judiciário: os mecanismos alternativos de solução de conflitos como condição de possibilidade para a garantia do acesso à justiça. Revista da AJURIS, 2017. v. 44. n. 142. p. 175 – 200.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. FREIRE, Alexandre (coord.). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. ISBN 978-85-02-63558-6. Disponível em: https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580069. Acesso em: 15 jun. 2021.

TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEMER, Thiago; CORDEIRO, Carlos José. O processo eletrônico e a efetivação de garantias no âmbito da justiça brasileira. Ius gentium. v. 8. n. 5. p. 204 – 243, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e; FILHO, Manoel Caetano Ferreira; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (coord.). Código de Processo Civil Anotado. Paraná: Ordem dos Advogados do Brasil, 2019. E-book. ISBN 978-85-86893-00-1. Disponível em: https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/cpc-anotado-25022019.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

VALIM, Rafael. A subvenção no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Contracorrente, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E- book. ISBN 978-85-203-6073-6. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F104783420%2Fv1.6&titleStage=F&titleAcct=ia744803f00000162bb79697c14d25b28#sl=e&eid=c894cf08908dbee7f4e3625e22a9079b&eat=&pg=&psl=&nvgS=false&tmp=324. Acesso em: 14 jun. 2021.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover [S.l: s.n.], 2005.

EFICÁCIA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

EFFECTIVENESS OF DECISIONS HANDED DOWN BY THE FEDERAL SUPREME COURT IN DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Eduardo Arruda Alvim [1]

O sistema de precedentes vinculantes, sobretudo quando se põe em tela a vinculatividade das decisões dos órgãos de cúpula do Judiciário, está embasado na necessidade de que se valorize a função paradigmática desses tribunais. Assim, as funções nomofilática e uniformizadora, desempenhadas pelos Tribunais de Cúpula, só se fortalecem, a nosso juízo, se congregadas com a função paradigmática. Do contrário, a uniformização da interpretação jurídica será apenas formal, já que, na prática, os demais órgãos jurisdicionais continuarão a poder decidir de modo diverso, impondo a adoção dos meios recursais, contribuindo para o aumento das demandas e dos recursos. É claro que a aplicação dos precedentes judiciais, mormente oriundos do STF (e, também, do STJ), não pode se basear me simples análise de ementas ou de teses firmadas.

[1] Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de Doutorado, Mestrado, Especialização e Bacharelado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da FADISP. Acadêmico titular da Cadeira n° 20 da Academia Paulista de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro honorário do Instituto Paranaense de Direito Processual. Advogado. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8576414745812691.

Eduardo Aranha A. Ferreira [2]

Pelo contrário, é imprescindível que se desça à análise da *ratio decidendi*, único meio capaz de evidenciar aquilo que efetivamente foi decidido (refletido) pela Corte, a ponto de gerar relevantes efeitos nos processos em curso. Assim, tratando-se de decisão proferida pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, quer-nos parecer prescindível a existência de Resolução do Senado Federal, para que outros jurisdicionados, que não integraram a relação jurídica processual, possam se aproveitar não da decisão, em si, mas de sua *ratio decidendi*. Isso não decorre da retirada da lei (lato sensu) do ordenamento jurídico ou da subtração de sua eficácia, mas do efeito paradigmático de que as decisões do STF são naturalmente dotadas.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Controle Difuso de Constitucionalidade; Eficácia das decisões.

[2] Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela PUC/Campinas. Membro do Conselho Editorial da Revista Forense. Professor de bacharelado e pós-graduação lato sensu em Direito. Advogado. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5062832945649069.

Rosane Pereira dos Santos [3]

The system of binding precedents, especially when the binding decisions of the Judiciary's top bodies are considered, is based on the need to value the paradigmatic function of these courts. Thus, the nomophylactic and standardizing functions performed by the Summit Courts are only strengthened, in our opinion, if they are combined with the paradigmatic function. Otherwise, the standardization of legal interpretation will only be formal, since, in practice, the other jurisdictional bodies will continue to be able to decide in a different way, imposing the adoption of the means of appeal, contributing to the increase of demands and resources. It is clear that the application of judicial precedents, mainly from the STF (and also from the STJ), cannot be based on a simple analysis of menus or signed theses. On the contrary, it is essential to go down to the analysis of the *ratio decidendi*, the only means capable of showing what was effectively decided (reflected) by the Court, to the point of generating relevant effects in the ongoing proceedings. Thus, in the case of a decision handed down by the STF in diffuse control of constitutionality, it seems to us that the existence of a Resolution of the Federal Senate is indispensable, so that other jurisdictions, who have not integrated the procedural legal relationship, can take advantage not of the decision, in itself, but of its *ratio decidendi*. This does not result from the withdrawal of the law (*lato sensu*) from the legal system or the subtraction of its effectiveness, but from the paradigmatic effect that STF decisions are naturally endowed with.

Keywords: Federal Court of Justice; Diffuse Control of Constitutionality; Decision effectiveness.

[3] Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito e a tautócrona tripartição das funções de poder estatal, que se autorregulam a partir da possibilidade de veto de atos uma das outras, visando a não violação das normas jurídicas (*checks and balances*), são conceitos que, em seu bojo, guardam íntima relação com a jurisdição constitucional.

Neste cenário, debate que transpassa séculos - a partir do emblemático Marbury *vs*. Madison (1803), julgado pela Suprema Corte dos EUA – diz respeito à possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, por parte dos Tribunais de cúpula, função atribuída no ordenamento jurídico brasileiro ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, alínea a da CF/88).

No Brasil, o debate se aprofunda ao alcance da decisão do STF que, a partir do controle difuso de constitucionalidade, isto é, incidenter tantum, deixa de aplicar determinada norma por considerá-la inconstitucional, surgindo relevante questão tocante à eficácia *erga omnes* da decisão ou, de forma diversa, exclusivamente inter partes.

É este, pois, o assunto que será estudado neste trabalho.

Após contextualização, será possível adentrar no cerne da problemática que ora nos propomos a analisar, demonstrando a tendência de busca pela integridade do sistema jurídico, acompanhada pelo Código de Processo Civil no sentido da necessária uniformização jurisprudencial, o que acarreta, como se demonstrará, a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões do STF em controle difuso, mesmo sem suspenção da execução da lei por parte do Senado Federal, estabelecida pelo art. 52, X da CF, mas, sim, por necessário culto à coerência sistêmica. Essa, a tendência que se tem nitidamente delineado nos últimos anos, no Supremo Tribunal Federal. Restou, nesse sentido, superado o entendimento, que hoje é possível qualificar de vetusto, no sentido de que a decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade, porque a inconstitucionalidade, em tal caso, não está no pedido, mas na causa de pedir, operaria efeitos apenas inter partes e não erga omnes. Analisaremos, outrossim, as respeitáveis posições no sentido de que a análise de constitucionalidade que é feita no caso concreto é ontologicamente distinta daquela própria dos mecanismos de controle concentrado

1 PANORAMA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Desde que estabelecida a concepção de Direito enquanto sistema hierárquico-normativo, adotada, por exemplo, pelo jurista austríaco Hans Kelsen, o respeito à Constituição (norma hierarquicamente superior às demais) se faz imperioso, respeito este que somente existe em sua inteireza a partir da possibilidade de se expungir, do sistema, normas incompatíveis com a Constituição Federal.

Diante disso, a integridade do ordenamento depende da instituição de mecanismo que se preste ao controle de validade das normas infraconstitucionais diante da Constituição.

Referido controle é passível de ser exercido pelo Poder Legislativo (a partir do controle prévio – preventivo – das propostas em tramitação nos Casas Legislativas), pelo Poder Executivo (a partir do veto de leis, por parte do Chefe do Poder Executivo, aprovadas pela Casa Legislativa) e, ainda, – e o que nos interessa para o fim do presente trabalho – é possível que o controle de constitucionalidade seja exercido pelo Poder Judiciário, decidindo acerca da compatibilidade ou não de atos legislativos já existentes em face da Carta Maior.

Antes de adentrarmos na controvérsia atual que permeia o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário no Brasil, impõe-se necessário pontuar que o controle se dá de formas diversas entre os ordenamentos jurídicos, de sorte que há diversos "modelos" de controle, com traços próprios que os caracterizam.

Assim, por exemplo, nos Estados Unidos, onde vige o sistema do *common law*, o controle de constitucionalidade se faz da maneira difusa, id est, diante do caso concreto o juiz analisará a compatibilidade da lei com a Constituição, havendo sempre um caso a ser julgado. O magistrado, portanto, ao reconhecer a incompatibilidade da norma frente ao ordenamento jurídico (à Constituição), torna-a inaplicável ao caso concreto.

Há a possibilidade, por outro lado, de questionamento da constitucionalidade sem a existência de vínculo com um caso concreto a ser julgado, hipótese em que se fala de controle concentrado de constitucionalidade, adotado, *v.g.*, na Alemanha, possuindo, referidas decisões, eficácia erga omnes.

No direito brasileiro, as Constituições anteriores à vigente já haviam delineado grande parte do que aqui se conhece por controle de constitucionalidade, com a inauguração do controle difuso de constitucionalidade pela Carta de 1891. Com a promulgação da Emenda Constitucional n° 16/1965, ao instituir a representação contra inconstitucionalidade da lei, acabou-se por instituir o primeiro modelo de ação de controle concentrado de constitucionalidade, do direito brasileiro.

A Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar a constitucionalidade das leis e atos normativos em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, I, alínea, 'a' da CF/88), por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de

constitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade por omissão.

O § 2° do artigo supramencionado tratou de atribuir às decisões do Supremo, em sede de controle concentrado, eficácia erga omnes e efeito vinculante, o que significa, nas palavras de Lenio Streck (2014), que:

> [...] declarada a inconstitucionalidade de uma norma na ação declaratória de constitucionalidade, deve-se reconhecer, ipsu jure, a sua imediata eliminação do mundo jurídico, salvo se, por algum fundamento específico, puder o Tribunal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988, todavia, também manteve o controle difuso de constitucionalidade, atribuindo, assim, ao sistema constitucional brasileiro de controle de constitucionalidade, caráter híbrido.

Assim, por exemplo, o artigo 102, III da CF/88 atribui ao STF a competência recursal quando a hipótese concreta se encartar numa das alíneas do mencionado inciso III.

A recepção do controle difuso por parte da Constituição assegura, assim – mantendo a tradição do nosso Direito constitucional – a possibilidade de os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Publico mediante voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 97, CF/88 – Cláusula de reserva de plenário).

Diversamente do controle concentrado, o controle difuso, de que se tratará em seguida, dá-se de maneira incidental – sobretudo mediante recurso extraordinário – como questão prejudicial ao julgamento de determinada demanda, o que, inclusive, pode ser conhecido *ex officio* pelo juiz, já que "não há questão de ordem pública mais relevante que a inconstitucionalidade de um texto normativo" (STRECK, 2014).

2 TRATAMENTO "CLÁSSICO"DOS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO

Contextualizado o controle de constitucionalidade em suas elementares facetas, resta, diante disso, entender a concepção acerca do tratamento dado pelo ordenamento jurídico ao controle difuso e a eficácia de suas decisões.

Segundo a concepção, por assim dizer, tradicional, conforme acima explicitado, temos que, no controle difuso, a decisão operaria efeitos *inter partes*, já que referido controle se dá de forma incidental, sendo a (in)constitucionalidade da norma questão prejudicial ao mérito do caso *sub judice*.

A Constituição, porém, estabelece hipótese em que se mostra possível a produção de efeitos *erga omnes*, por parte das decisões proferidas em controle difuso.

Tal hipótese se dá nos termos do artigo 52, X da CF/88, que estabelece:

> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
> X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Em tal caso, a decisão oriunda do controle difuso passaria a ter eficácia erga omnes, desde que o Senado Federal editasse resolução no sentido de suspender ex nunc a vigência da lei.

Isto significa que a decisão do STF que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de controle difuso teria eficácia apenas sobre as partes do processo e, caso passasse pelo crivo do Senado Federal, a vigência da lei poderia ser suspensa.

Importa repisar que, segundo essa concepção tradicional, preponderante até poucos anos, a retirada da eficácia da norma inconstitucional, por parte do Senado, não se confunde com a declaração de inconstitucionalidade (com eficácia *erga omnes* de plano) realizada em controle concentrado de constitucionalidade. Neste sentido:

> [...] suspender a execução da lei não pode significar retirar a validade da lei. Caso contrário, não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso.

Todavia, o entendimento hoje prevalecente é o de que o artigo 52, X da Constituição Federal não merece referida interpretação. Neste trabalho, procuraremos demonstrar qual a atual posição do Supremo Tribunal Federal, ao lado de analisá-la criticamente.

Autores que seguem referida posição sugerem ter ocorrido uma mutação constitucional em referido dispositivo, isto é, uma alteração no sentido que é atribuído à norma (abstraída por atividade exegética) sem alteração do texto, em virtude de uma modificação da concepção acerca da função do Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Constitucional. Por obra de referida mutação, deve-se entender ter havido alteração da função do Senado Federal, ao editar a Resolução prevista no art. 52, X, do Texto Constitucional, para, no lugar de decidir acerca da ampliação dos efeitos da decisão do STF que julgue determinada lei inconstitucional em controle difuso, apenas dar publicidade à decisão do Supremo, que seria proferida desde logo com eficácia ampla.

Atribuem referida mutação, principalmente, à ampliação da legitimidade ativa para as ações de controle concentrado, bem como a criação, por parte Emenda Constitucional 45/2004, da Súmula Vinculante, com a inserção do art. 103-A na Constituição Federal,

que tem como finalidade a validade, interpretação e a eficácia das normas (art. 103-A, § 1º da CF/88) e que não exige Resolução do Senado Federal.

A despeito das discussões que se travam, a orientação do Supremo Tribunal Federal passou, de certa maneira, por uma remodelação, volvendo-se à posição que hoje se nos afigura a prevalente no âmbito da Corte Constitucional.

Em determinados países, principalmente na América Latina, a notória jovialidade das democracias e os recentes períodos ditatoriais pelos quais atravessaram, levara-os a enfrentar diversos problemas, especialmente no que diz respeito à estabilidade das instituições.

Há, nesses países (incluído o Brasil), a formação de uma cultura política que conduz à conscientização de que o Poder Judiciário deve exercer plenamente sua função de defesa dos direitos individuais e interpretação do texto constitucional.

Neste sentido, Eduardo Oteiza (2006, p. 151 – 195) assinala que:

> *En América Latina la historia exhibe una tendencia cuanto menos desfavorable al desarrollo del control de constitucionalidad y a la convivencia de los poderes. La incorporación de Cortes Constitucionales y la aceptación de la competencia de los Superiores Tribunales para juzgar casos constitucionales es un intento de reversión de esa tendência y significa develar el verdadero sentido del juego de poderes estabelecido en las Constituiciones*.

Referido autor ressalta que para a reversão do cenário de crise e melhora na qualidade institucional, os poderes (funções de poder) do Estado devem articular suas relações de convivência com o respeito ao exercício de suas competências.

Assim, o Poder Judiciário ganha papel cardinal no que tange ao controle do cumprimento das disposições constitucionais e, por conseguinte, no controle de conformidade dos demais poderes com as normas constitucionais.

No Brasil, com a estabilização democrática e fortalecimento das instituições, houve um natural recrudescimento do papel do Supremo Tribunal Federal, no sentido de estabelecer, ainda que via recurso extraordinário, os parâmetros de entendimento do texto constitucional.

3 BUSCA PELA INTEGRIDADE DO SISTEMA E POSIÇÃO DO STF ACERCA DOS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO

Hodiernamente, notamos a busca, por parte do legislador, pela coerência e integridade do sistema, o que, por corolário, acarreta maior confiabilidade do jurisdicionado. A busca de previsibilidade e da estabilidade, bem como do tratamento isonômico aos jurisdicionados, tem sido uma preocupação constante do legislador.

Tal consciência refletiu na orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, mesmo as decisões emanadas em controle difuso (a partir de recurso extraordinário), seriam de observância compulsória.

No mesmo sentido da orientação da Suprema Corte, o CPC/2015, a despeito de disciplinar os recursos extraordinários repetitivos contidos no rol do que o código determina como precedentes de observância obrigatória, com eficácia *erga omnes* (art. 927), estendeu esta eficácia à decisão de qualquer recurso extraordinário.

Referida ampliação se comprova, por exemplo, a partir da inadmissibilidade de recurso extraordinário quando, por seu intermédio, tensione-se impugnar acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral (art. 1.030, I, a do CPC/2015, in fine), isto é, recurso interposto visando a rediscussão de tese já firmada em julgamento de recurso extraordinário, ainda que não processado sob o rito dos recursos repetitivos, o que significa, em última análise, que se reconhece eficácia erga omnes às decisões oriundas de controle difuso.

Nesse sentido, há que se mencionar, também, a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* em sede de recurso extraordinário, quando o CPC/2015, em seu art. 1.035, §4°, permite a manifestação de terceiros na análise da repercussão geral para conhecimento do recurso, avultando ainda mais a ruptura com a concepção de que o recurso extraordinário é instrumento, tão somente, de tutela de direitos subjetivos, passando a constituir verdadeiro instrumento de controle da ordem constitucional.

Esse panorama, pois, é reflexo da busca pela coerência do sistema e da preocupação com sua integridade.

A ideia que hoje norteia o sistema, em especial a Suprema Corte, no sentido de respeito à sua integridade e, portanto, natural respeito aos precedentes *lato sensu* (abrangendo as decisões emanadas de recursos extraordinários, ainda que não processados sob o rito dos recursos repetitivos), fica realçada, como pondera Marinoni (2009, p. 175 – 232), a partir da aproximação entre as jurisdições do *civil law* e do *common law*, com a assimilação, por parte daquela, à noção do respeito obrigatório aos precedentes – *stare decisis* - ínsito a esta.

Ao lado disso, a submissão do jurisdicionado à vontade da lei e o correlato dever estatal de prestação da tutela jurisdicional efetiva, com a melhor subsunção do conceito do fato ao conceito norma, se traduzem na idéia de que qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional, sendo sempre dever do magistrado examinar a compatibilidade do texto normativo com a Constituição.

Diante deste cenário, tem-se que o Código de Processo Civil, em dispositivos como o art. 1.030, I, 'a', longe de alterar o arquétipo constitucional de competências do Supremo Tribunal Federal, tão somente traz à tona (explicita) o desenho constitucional de suas competências, enquanto Corte emissora de decisões paradigmáticas.

Podemos dizer que a vontade do legislador, no que concerne à preocupação com a integridade do sistema, são refletidos pelo Código de Processo Civil, que acompanha esta tônica e, de certo modo, exemplifica a direção tomada pelo ordenamento jurídico. Não nos parece concebível, diante disso, que se atribua ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de dizer a última palavra enquanto Corte Constitucional, mas a sua decisão possa vir a ser indefinidamente questionada sob o fundamento, em nosso entender equivocado, de que tal decisão, porque proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, operaria apenas efeitos estritamente inter partes. Nessa toada, podemos dizer que dispositivos como o art. 926 do CPC/2015 são meramente explicitativos.

A respeito da natureza paradigmática das decisões proferidas pelo STF (e pelo STJ), já se deve a oportunidade de dizer o seguinte, partindo da premissa de que as funções nomofilática e uniformizadora, de que são dotadas as Cortes Superiores, estão intimamente ligadas à função paradigmática:

> Assim, temos presente que, realmente, as decisões proferidas pelo STF e pelo STJ, objeto do presente estudo, devem ser observadas pelos tribunais locais e pelos juízos de primeiro grau, não apenas porque o CPC assim determina, mas, sobretudo, porque tal vinculação é da essência das decisões proferidas pelos Tribunais de Cúpula, afinal, são estes os órgãos judiciais responsáveis por dar a última palavra a respeito da interpretação do direito objetivo.

Cabe indagarmos, neste diapasão, se a vinculação das decisões proferidas em controle difuso abrange apenas a parte dispositiva da decisão ou estende-se à *ratio decidendi*. A resposta a tal indagação pressupõe que se procure delimitar o que se deve entender por ratio decidendi.

Sabemos que o constante crescimento do número de litígios impactou a atividade dos Tribunais Superiores, acarretando a chamada "crise do judiciário" com a dificuldade de produção de "decisões paradigmáticas, formadas a partir da participação de discussões mais amplas, com a ampla representação da sociedade, de maneira a legitimar as decisões."

Com isso, houve a criação de mecanismos para mitigar esta situação, como, por exemplo, os recursos repetitivos, quando houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, havendo afetação de recursos representativos da controvérsia e suspensão dos processos pendentes que versem a referida questão. De igual modo, houve a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, visando, também, o gerenciamento das demandas de massa.

Tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos devem, em princípio, conduzir à suspensão de processos que versem idêntica questão de direito para que, após o julgamento da causa piloto, representativa da controvérsia, haja a aplicação da tese jurídica firmada (v.g. art. 985 do CPC/2015).

O debate ganha relevância, na medida em que a tese é fixada para que sirva de norte ao julgamento de casos absolutamente idênticos àqueles representativos da controvérsia. O questionamento que aqui fazemos consiste em saber se é possível falar em integridade e coerência do sistema, apenas pelo respeito à tese fixada no julgamento do recurso extraordinário, ou se, ao revés, aquelas pressupõem que os julgadores futuros, além de seguirem a orientação estampada na tese fixada, respeitem, em casos análogos, a *ratio decidendi*.

Por este motivo, tal regra jurídica (*ratio decidendi*) se mostra apta a solucionar demandas outras que, em um primeiro momento, não seriam passíveis de solução a partir do caso julgado representativo da controvérsia, pela simples análise da tese jurídica, por não serem faticamente idênticas à hipótese nela prevista.

O que se busca frisar, para o fim do presente trabalho, é que a força vinculante da *ratio decidendi* advém, ademais, pelo respeito ao precedentes *lato sensu* (incluindo recursos extraordinários julgados ainda que não sob o prisma dos repetitivos) em sua totalidade, ou seja, respeito às razões fáticas e jurídicas que motivaram tais decisões, possibilitando, assim, um sistema jurídico lógico. Neste sentido, Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Otávio Barioni (2019, p. 183 – 204), afirmam que:

> [...] a cada decisão judicial que venha a ser tomada, é necessário considerar a produção jurídica das decisões prévias cuja ratio decidendi tenha pertinência com o caso. Somente por meio de decisões judiciais que respeitem a coerência e a integridade é que se poderá alcançar um sistema jurídico lógico e que prestigie a igualdade.

Quer isso dizer, ao que nos parece, que o sistema de precedentes estruturado no direito brasileiro faz aplicar às decisões do STF, tomadas em controle difuso de constitucionalidade, a chamada teoria dos motivos determinantes.

Como já referimos linhas acima, o entendimento no STF a respeito da eficácia da decisão proferida pela Corte, em controle difuso de constitucionalidade, alinhava-se à conclusão de que o entendimento firmado valeria apenas para as partes. De modo até mais abrangente, a Corte expressamente

rechaçava a aplicação da teoria dos motivos determinantes, sobretudo para inadmitir reclamações propostas com fundamento no desrespeito, por outros órgãos judiciários, aos fundamentos de decisões do STF tomadas em controle de constitucionalidade.

Conquanto não se possa vislumbrar, na jurisprudência do STF, modificação em relação ao cabimento de reclamação, como forma de se impugnar ato decisório que contrarie a jurisprudência da Corte (ao menos de imediato, considerando a redação do art. 988, §5º, II, do CPC/2015), parece-nos certa a conclusão de que, realmente, os motivos determinantes dos acórdãos do STF tornam-se sobremodo relevantes, no seio do sistema de precedentes brasileiros.

Durante longos anos, o STF se debruçou sobre a Reclamação 4.335/AC, que discutia a transcendência dos fundamentos adotados pela Corte, que resultou no reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada disposição constante da Lei de Crimes Hediondos.

Nesta reclamação, de relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, almejava-se o reconhecimento do direito à progressão de regime ao paciente, condenado por crime hediondo, tal como a Corte fizera no julgamento do HC 82.959/SP.

O voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, reconhecia a invalidade da decisão do juízo de execução criminal, que não reconhecera a inconstitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos, incidentalmente, por considerar dispensável a Resolução do Senado Federal, prevista no art. 52, X, da Constituição, que se teria submetido a mutação constitucional.

Instaurou-se, a partir deste voto, alentada discussão entre os integrantes de então do STF, em relação à possibilidade de se considerar havida a proposta mutação constitucional, a ponto de dispensar, sem alteração do Texto, a providência prevista no art. 52, X.

A mencionada reclamação, que originou caudaloso debate entre os Ministros do STF, acabou por ser julgada procedente, anos após a sua propositura, em razão da superveniência da Súmula Vinculante nº 26, que acabou por solucionar a controvérsia concreta, sem definir o dissenso teórico ricamente instaurado.

Em razão disso, não se podia dizer que a tese proposta pelo Ministro Gilmar Mendes e avalizada pelo Ministro Eros Grau veio a ser adotada pelo STF, que, como dito, calcou-se na redação da Súmula Vinculante nº 26 para resolver o conflito de interesses.

Porém, em dois novos julgamentos do STF, parece-nos ter havido a tomada de posição mais assertiva, pela Corte, no sentido de admitir a eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade.

No julgamento da ADI 2.418/DF (julgada em 4 de maio de 2016), de relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu-se pela constitucionalidade de dispositivos do CPC/1973 que autorizavam o reconhecimento da ineficácia da decisão inconstitucional transitada em julgado. No acórdão, foram feitas diversas referências ao CPC/2015, afirmando-se, ao final, que, mesmo a declaração e inconstitucionalidade em controle difuso, pelo STF, autorizaria o manejo da impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, §§ 12 a 14). Ou seja, reconheceu-se, na ocasião, o cabimento de impugnação ao cumprimento de sentença, lastreada na inconstitucionalidade do título, quando o STF já houver reconhecido a inconstitucionalidade incidenter tantum.

Na mesma linha, por ocasião do julgamento da ADI 3.937/SP (julgada em 24 de agosto de 2017), de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello e que teve como redator do acórdão o Ministro Dias Toffoli, o STF reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei federal. O objeto da ADI era a Lei Estadual nº. 12.684/2007, de São Paulo, que proibia o uso de amianto, que era impugnada por contrariar o disposto na Lei Federal nº. 9.055/1995, que autorizava o uso de determinado tipo de amianto.

Por ocasião do julgamento, o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei Estadual, que era objeto da ADI, e, incidentalmente, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal, que autorizava a exploração de certo tipo de amianto, reconhecendo-se, ao final, "efeito *erga omnes* e vinculante" à decretação de inconstitucionalidade da Lei Federal, que, reitere-se, não era objeto da ação de controle concentrado.

Em ambos os casos, o próprio STF reconheceu a transcendência da decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade, independentemente de haver Resolução do Senado Federal, o que nos parece sugerir uma mudança de paradigma interpretativo, pela Corte Constitucional.

O raciocínio desenvolvido por Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni (2019, p. 183 – 204), transcrito linhas acima, em nosso sentir, aplica-se inteiramente às decisões emanadas de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, afinal, independentemente de haver Resolução do Senado Federal, o só fato de haver, no direito brasileiro, um órgão jurisdicional competente para dar a última palavra em matéria de direito constitucional, justifica, a nosso sentir, a transcendência de seus fundamentos decisórios.

Noutras palavras, de pouco adiantaria, sob a perspectiva do sistema jurídico, garantir a uniformidade do Direito, tutelada por um órgão de cúpula, se os demais órgãos jurisdicionais não fossem compelidos – por razões lógicas, inclusive, e não só jurídicas – a observar a interpretação dada pela Corte Constitucional.

Não desconhecemos, por evidente, respeitáveis posições em sentido contrário, na linha de que o Judiciário não pode proferir decisões paradigmáticas, salvo quando autorizadas expressamente pelo Texto Constitucional. É este, por exemplo, o pensamento de Georges Abboud (2018), para quem a atribuição de

eficácia *erga omnes* às decisões do STF tomadas em controle difuso de constitucionalidade caracterizaria usurpação de competência constitucionalmente atribuída ao Senado Federal.

Essa ideia, porém, não nos parece suficiente à finalidade de desconsiderar o que acima expusemos, ou seja, que é da própria essência do STF a prolação de decisões paradigmáticas, mormente quando exerce o controle de constitucionalidade em caráter difuso.

Portanto, parece-nos certa a conclusão de que as decisões do STF, mesmo que proferida sem controle difuso de constitucionalidade e que não haja Resolução do Senado Federal suspendendo a eficácia do ato normativo, devem ser observadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário, a revelar a eficácia transcendente da decisão do Supremo, que, rigorosamente, não atua apenas no interesse das partes litigantes, mas, sobretudo e principalmente, no interesse de toda a coletividade.

CONCLUSÃO

No presente artigo, tivemos a oportunidade de analisar as questões e controvérsias que circundam a eficácia das decisões proferidas em controle de constitucionalidade difuso.

Atentos a esse propósito, referimos as posições tradicionais, preponderantes até pouco tempo no Supremo Tribunal Federal na linha de que as decisões emanadas de controle difuso possuem eficácia apenas entre as partes (*inter* partes).

Viu-se que o debate acerca dos efeitos produzidos por tais decisões se dá, de certa forma, em torno da competência do Senado Federal, atribuída pelo art. 52, X da Constituição Federal, predominante hoje, aparentemente, o entendimento de que a Resolução editada com amparo em tal dispositivo tem como função, apenas, a de conferir publicidade a referidas decisões.

Para nós, referida posição reflete a função que deve ser atribuída ao Texto Constitucional, que teria sido, então, apenas explicitada pelo legislador infraconstitucional.

Como pudemos dizer, o sistema de precedentes vinculantes, sobretudo quando se põe em tela a vinculatividade das decisões dos órgãos de cúpula do Judiciário, está embasado na necessidade de que se valorize a função paradigmática desses tribunais.

Assim, as funções nomofilática e uniformizadora, desempenhadas pelos Tribunais de Cúpula, só se fortalecem, a nosso juízo, se congregadas com a função paradigmática. Do contrário, a uniformização da interpretação jurídica será apenas formal, já que, na prática, os demais órgãos jurisdicionais continuarão a poder decidir de modo diverso, impondo a adoção dos meios recursais, contribuindo para o aumento das demandas e dos recursos.

É claro que a aplicação dos precedentes judiciais, mormente oriundos do STF (e, também, do STJ), não pode se basear me simples análise de ementas ou de teses firmadas. Pelo contrário, é imprescindível que se desça à análise da ratio decidendi, único meio capaz de evidenciar aquilo que efetivamente foi decidido (refletido) pela Corte, a ponto de gerar relevantes efeitos nos processos em curso.

Assim, tratando-se de decisão proferida pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, quer-nos parecer prescindível a existência de Resolução do Senado Federal, para que outros jurisdicionados, que não integraram a relação jurídica processual, possam se aproveitar não da decisão, em si, mas de sua ratio decidendi. Isso não decorre da retirada da lei (*lato sensu*) do ordenamento jurídico ou da subtração de sua eficácia, mas do efeito paradigmático de que as decisões do STF são naturalmente dotadas.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

ARRUDA ALVIM, Teresa; BARIONI, Rodrigo Otávio. Recursos repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. REVISTA DE PROCESSO, v. 44, p. 183 - 204, 2019.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; FERREIRA, Eduardo Aranha. Função paradigmática do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. In: Revista Forense, Vol. 429, ano 115, Rio de Janeiro: Editora Forense.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 4.335/AC. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101. Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959/SP. Pena. Regime de Cumprimento. Progressão. Razão de ser. Relator: Marco Aurélio, 1 de setembro de 2006. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/juris

rudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp. Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.939/SP. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo. Proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/2007. Improcedência da ação. Relator: Ministro Marco Aurélio, 24 de agosto de 2022. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439. Acesso em: 12 ago. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista de Processo n° 172. Revista dos Tribunais: 2009. p. 175 - 232.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OTEIZA, Eduardo. El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en américa latina. Revista de Processo n. 136. Revista dos Tribunais: 2006. p. 151 - 195

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

NEOCONSTITUCIONALISMO E EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

NEOCONSTITUTIONALISM AND EXPANSION OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

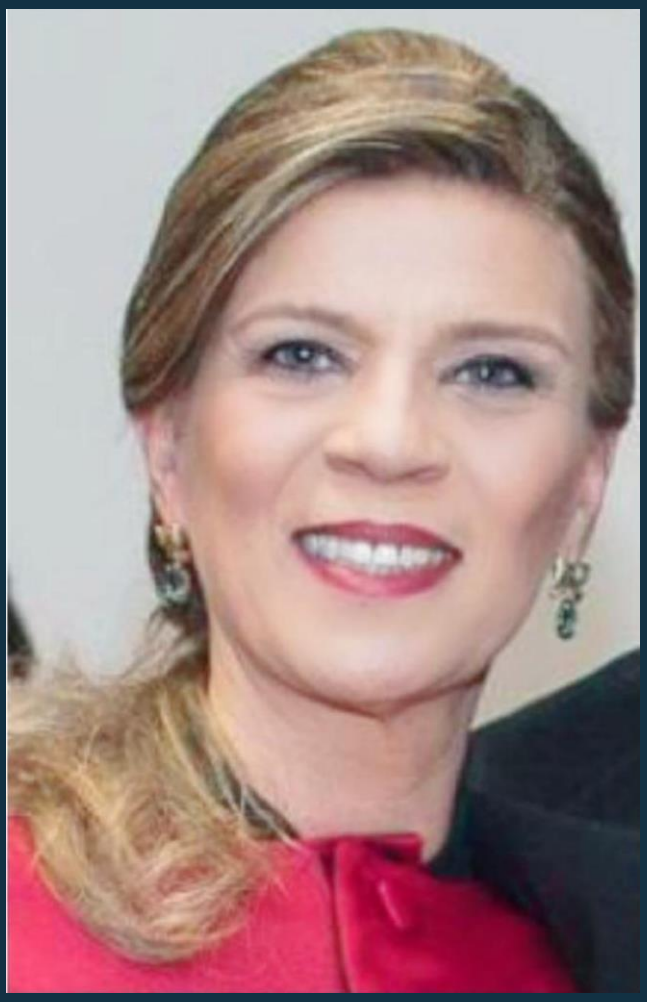
Eduardo Cambi [1]

A presente pesquisa tem por objetivo averiguar a evolução do Direito Constitucional ao que hoje denomina-se como Neoconstitucionalismo. Os marcos históricos, políticos e filosóficos, principalmente com término da Segunda Guerra Mundial, culminaram na posição central das Constituições, reaproximando a ética e o direito, com a consequente valorização dos princípios constitucionais, com ênfase na dignidade da pessoa humana. O conteúdo constitucional se amplia e espalha aos demais ramos do direito (filtragem constitucional). Com essa nova realidade, o Poder Judiciário assume papel de destaque, com uso de mecanismos como o controle de constitucionalidade e de convencionalidade.

[1] Pós-doutor pela *Univesità degli studi di Pavia*. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e do Centro Universitário Assis Gurgaz (FAG). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Presidente do Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público brasileiro. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6446292329035065. Orcid: 000-0003-4944-1256. E-mail: eduardocambi@hotmail.com.

Via método dedutivo e pesquisa fundamentalmente bibliográfica, pode-se concluir que o fenômeno do Neoconstitucionalismo busca efetivar o conteúdo normativo da Constituição nas relações sociais.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional; Neoconstitucionalismo; Dignidade da Pessoa Humana.



Silvana Aparecida Plastina Cardoso [2]

This research aims to investigate the evolution of Constitutional Law to what is now called Neoconstitutionalism. Political, Philosophical and Historical landmarks, mainly for the purpose of the Second World War, reconnecting the central position of constitutions and human rights, with the consequent valorization of constitutional principles, with emphasis on the person's intention. The constitutional content expands and spreads to other branches of law (constitutional filtering). With this new reality, the Judiciary assumes a prominent role, using mechanisms such as control of constitutionality and conventionality. The deductive deductive way researched to search for the material, one can determine the effective social method for the search for the normative content of the Constitution.

Keywords: Constitutional Jurisdiction; Neoconstitutionalism; Dignity of human person.

[2] Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2022). Pós-Graduada em Educação a Distância pela Faculdade Arthur Thomas - FAAT (2013). Pós-Graduada em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2009). Graduada em Direito pelo Instituto Catuaí de Ensino Superior - ICES (2007). Graduada em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Arapongas - FAFICLA (1982). Advogada Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/PR. Foi docente em Curso Superior de Direito. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9952430523138466. Orcid: https://orcid.org/ 0000-0003-0794-6547. E-mail: silvanaplastina@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico como um todo, desde as lições de Kelsen, com base na Teoria Pura do Direito, traz um sistema hierárquico, cuja lei maior é a Constituição; todavia, tal teoria foi responsável por afastar o direito da ética. No plano formal da supremacia das normas, a Constituição ocupa o lugar mais alto, o que não é suficiente para assegurar a cidadania.

Foi com o término da Segunda Guerra Mundial e seus resultados lastimáveis que se intensificou os debates filosóficos e teóricos, onde passou-se a reconhecer a força normativa das Constituições e preocupar-se com a sua efetividade. A partir daí, tanto no âmbito internacional como nacionalmente, os Estados passaram a tutelar de maneira mais concreta os direitos humanos e fundamentais, ressaltando a dignidade da pessoa humana como valor jurídico estruturante do sistema jurídico.

Com isso, no plano filosófico, o positivismo jurídico cedeu lugar ao pós-positivismo, a ética e o direito reaproximaram-se, criando um núcleo axiológico distinto e direcionado a melhor proteção do ser humano. É com essa premissa e na transição do Brasil para um Estado Democrático de Direito, estimulada pela Constituição Federal de 1988, que devem ser potencializados os direitos humanos-fundamentais, que possuem força e aplicabilidade mediata e imediata, irradiando todo o ordenamento jurídico.

A presente pesquisa se ocupa do surgimento e evolução do neoconstitucionalismo, cuja influência é responsável pela ampliação da jurisdição constitucional, posto que a Constituição, ao irradiar-se pelos diversos ramos jurídicos, potencializa a judicialização dos conflitos, chamando o Estado, por meio do Poder Judiciário, a intervir nas relações de modo a aplicar o entendimento que mais reflete o propósito constitucional. A dignidade da pessoa humana deve ser o vetor orientador ao alcance da paz social e do bem-estar comum de todos. Todavia, para se alcançar a harmonia social, por vezes se compromete um ou outro direito fundamental, não se desfazendo dele, mas, ponderando-o, para a melhor adequação, ao caso concreto.

Por meio desse estudo teórico, via método dedutivo e pesquisa fundamentalmente bibliográfica, foi possível averiguar os aspectos evolutivos, a partir dos marcos históricos, políticos e filosóficos do Século XX, que culminaram no fortalecimento do neoconstitucionalismo, consolidando a jurisdição constitucional como instrumento de proteção real dos direitos fundamentais, com ampliação da jurisdição, para melhor concretizar o acesso à justiça.

1 NECONSTITUCIONALISMO

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O ordenamento jurídico se concentra na unidade, coerência e relação das normas. Ao tratar da norma fundamental na teoria de Hans Kelsen, Gilmar Mendes explica ser "aquela norma que, numa determinada comunidade política, unifica e confere validade às suas normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em sistema" (MENDES, 2009, p. 1).

Conforme Norberto Bobbio, "[...] as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si" (1997, p. 19):

> A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras com as quais formam um sistema normativo.

A Constituição estrutura o Estado moderno, na qual as normas (aqui, leia-se regras e princípios) cuidam dos direitos e deveres tanto na espera privada (relações de particulares com particulares e particulares com a própria administração pública) quanto na pública (versando, por exemplo, sobre organização do Estado).

> As Constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais (SILVA, 1989, p. 42).

O neoconstitucionalismo é um método jurídico que leva em consideração fatores sociais e históricos a partir da segunda metade do século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, com destaque para a efetivação dos direitos humanos-fundamentais. Trata-se de uma resposta às violações perpetradas pelo fascismo e pelo nazismo na Europa (CAMBI, 2020, p. 37 - 38).

No âmbito internacional, com o término da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada em 1945. Com isso, em 1948, foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que surge como resposta às atrocidades do século XX, como meio de universalização dos direitos e cooperação internacional.

Como explica Flávia Piovesan, a dignidade do ser humano passa a ser o valor-fonte do Direito:

> Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução (PIOVESAN, 2018, p. 2 - 3).

Em relação à realidade brasileira, tal movimento consubstanciou-se na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988, superando a mera validade formal da norma jurídica. Ao fundar-se no Estado Democrático de Direito, tal Constituição é um marco histórico que dá início ao processo de redemocratização do Brasil e contempla a dignidade da pessoa humana, como centro universal de tutela dos direitos intrínsecos do ser humano.

A ciência jurídica, com o pós-positivismo, se reaproximou da ética, consagrando os direitos fundamentais como objeto essencial e indispensável à realização do Estado Democrático de Direito, bem como da sociedade como um todo. Assim, Lília Schwarcz e Heloísa Starling argumentam que:

> O novo texto constitucional tinha a missão de encerrar a ditadura, o compromisso de assentar as bases para a afirmação da democracia no país, e uma dupla preocupação: criar instituições democráticas sólidas o bastante para suportar crises políticas e estabelecer garantias para o reconhecimento e o exercício dos direitos e das liberdades dos brasileiros (STARLING, 2015, p. 488).

A superação da mera dimensão formal da norma constitucional exige que a Constituição seja por meio de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições (BARROSO, 2005, p. 7).

O reconhecimento da força normativa da norma jurídica constitucional potencializa a judiciali zação dos conflitos e implica, consequentemente, na expansão da jurisdição constitucional.

A Constituição Federal de 1988 consagra a garantia fundamental de acesso à justiça, possibilita a promoção de tutelas específicas no âmbito de direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogê neos, bem como assegura mecanismos amplos de controle direto e indireto de constitucionalidade (CAMBI, 2007, p. 9 - 10).

O neoconstitucionalismo também se concretiza na forma de interpretação das leis em conformidade com Constituição.

> A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral). Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. supra) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. (BARROSO, 2005, p. 10 - 11).

A rigor, partindo-se do caso concreto, isto é, do problema, o operador do direito identifica a norma jurídica aplicável, ou seja, aquela que dá resposta ao problema posto. Todavia, por vezes, a mera aplicação da regra não é suficiente, principalmente no âmbito constitucional, em casos de colisão de direitos fundamentais.

Há conceitos jurídicos genéricos, abertos e indeterminados. Nesses casos, o intérprete da norma jurídica constitucional deve se valer de outros meios, ponderando as regras e os princípios em conflito para a mais adequada ao caso concreto. O operador do direito se vale da hermenêutica jurídica, usando-se da técnica de ponderação, com apoio nos princípios da proporcio- nalidade e razoabilidade (DWORKIN, 2007, p. 42 - 43).

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana, embora possua contornos vagos e indeterminados, assume grande importância como vetor hermenêutico:

> (...) a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado. Considerada como o fundamento de todos os direitos mais básicos, a cláusula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado. [...] A dignidade humana é um valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos (BARROSO, 2014, p. 21).

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 41) pondera:

> Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.

Em síntese, "a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem" (BARROSO, 2005, p. 13), impondo ao operador do direito a definição, no caso concreto, do seu sentido e alcance. Tal método de concretização da norma jurídica aproxima o direito da ética.

1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O direito pode ser conceituado como um conjunto de normas jurídicas que ordena os fatos sociais em conformidade com determinados valores, que, em última análise, ordenam a conduta humana, objetivando o bem comum. À luz da teoria tridimensional do direito, pensada por Miguel Reale, o direito constitui-se do fato, valor e norma:

> Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça). (2001, p. 60).

O Direito é, pois, a ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum (REALE, 2001, p. 55).

A constitucionalização envolveu o direito em sua totalidade, de modo a compatibilizar toda a estrutura do ordenamento jurídico à Constituição, não apenas formalmente, mas materialmente.

A constitucionalização dos direitos se materializa pela filtragem constitucional, pela qual "toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados" (BARROSO, 2005, p. 27).

> O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana (CAPELLARI, 2002, p. 113).

A Constituição passa a figurar como centro do ordenamento jurídico, com força normativa irradiante, dotada tanto da supremacia formal, pela qual as demais normas devem se submeter, inclusive, por sua hierarquia, quanto materialmente, porque os conteúdos das normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a ordem constitucional:

> A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do direito, de forma direta ou indireta. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade (CAPELLARI, 2002, p. 113).

Tal reflexo, ainda que possa ter maior repercussão no âmbito do Poder Judiciário, também tem força atuante nos Poderes Legislativo e Executivo, já que "impõe deveres negativos e positivos de atuação" (BARROSO, 2005, p. 28).

A leitura do direito constitucionalizado é promovida mediante a hermenêutica, com uso das variadas técnicas de interpretação, voltada à melhor resolução dos casos concretos. Não basta, pois, considerar as normas em sentido abstrato. São as circunstâncias fáticas que vão orientar a aplicação da norma jurídica cabível e os efeitos que serão produzidos, porque podem não comportar uma solução unívoca (BARROSO, 2005, p. 34).

Busca-se a aplicação dos valores constitucionais no ordenamento como um todo, como se dá, por

exemplo, com a expansão e a ampliação do Direito Civil, o que desafia o caráter meramente patrimonial e ressalta a importância da dignidade da pessoa humana (*v.g.,* na efetivação dos direitos da personalidade, conferindo melhor proteção e reparação aos danos extrapatrimoniais). Já no âmbito do Direito Público tal visão é encontrada, por exemplo, no Direito Administrativo, com diversos princípios constitucionais que orientam o gestor público. Neste sentido, os serviços públicos devem ser adequadamente prestados, objetivando a efetivação do princípio da eficiência (art. 37 da CF). Tal perspectiva constitucional do Direito Administrativo brasileiro busca desvencilhar-se do modelo totalmente burocrático, atrelando-se ao modelo gerencial (BARROSO, 2012, p. 40 - 41).

1.3 JURISDIÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, instituiu o Estado Democrático de Direito, pautado na tutela da dignidade da pessoa humana, e, consequentemente, deu início ao processo de redemocratização do Estado.

A centralização da norma constitucional, com a indiscutível previsão tanto de direitos de defesa como principalmente a consagração de direitos prestacionais, elevou as garantias humanas fundamentais ao patamar de cláusula pétrea, com o intuito precípuo de garantir à proteção do mínimo existencial.

Nesse sentido, Vidal Serrano explica que:

> O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites. Já o chamado mínimo vital opera com vetores quantitativos, ou seja, aponta quais as necessidades mínimas que um ser humano, só por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade (NUNES JÚNIOR, 2022).

A consagração das garantias fundamentais pela Constituição Federal é indispensável para a manutenção do mínimo existencial à vida digna. Todavia, a mera positivação de direitos não garante aos cidadãos a sua eficácia social. Apenas o estabelecimento teórico da eficácia da norma constitucional não basta, sendo necessária a criação de mecanismos institucionais que garantam a sua aplicabilidade eficaz.

> Afirmar que as normas constitucionais têm força normativa é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo. Se a Constituição vale como uma lei, as regras e os princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando jurídica e efetivamente as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos. Com efeito, o reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com o Direito Constitucional clássico, onde se visualizavam normas constitucionais programáticas que seriam simples declarações políticas, exortações morais ou programas futuros e, por isto, destituída de positividade ou de eficácia vinculativa (CAMBI, 2008, p. 98).

Nesse mesmo sentido, Thiago Rafael Burkhart acrescenta:

> O processo de constitucionalização dos direitos, o princípio da constitucionalidade das leis e a transformação da Constituição em "norma jurídica" implicam, como diria o jurista austríaco Hans Kelsen, no estabelecimento de Tribunais Constitucionais capazes de realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos, além de estabelecer a interpretação em última instância dos dispositivos da Constituição (BURKHART, 2021, p. 250).

Destaca-se, desse modo, o desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil a partir de 1988. Foram consagrados diversos instrumentos que ao longo dos anos teriam a responsabilidade de conferir efetividade ao texto da Constituição. Dentre estes mecanismos, estão os controles judiciais de constitucionalidade e de convencionalidade.

A propósito, a Constituição da República de 1988 ampliou o rol de legitimados ativos que podem propor demandas com objetivo de realizar o controle de constitucionalidade de modo direto ou também denominado, controle concentrado, conforme preceitua o art. 103, CRFB/1988:

> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

Ademais, é possível a realização do controle de constitucionalidade na forma difusa, no bojo de um processo, incidentalmente, pelo qual um(a) juiz(a) pode avaliar a constitucionalidade de uma lei, podendo recusar sua aplicação caso entenda que afronta, viola ou fere disposições constitucionais.

> Consagrou-se com o advento da República o modelo difuso do controle de constitucionalidade. Em 1934 introduziu-se a ação direta, como procedimento preliminar do processo de intervenção (CF/34, art. 12). Em 1946, consolidou-se o desenvolvimento da representação para efeitos de intervenção, contra lei ou ato normativo estadual (CF/46, art. 8º, parágrafo único). E, somente em 1965, com a adoção da representação de inconstitucionalidade, passou a integrar nosso sistema o controle abstrato de normas (Emenda n. 16/65 à Constituição de 1946). No âmbito da unidade federada, a Constituição de 1967/69, além de propor a representação interventiva em face do direito estadual (art. 11, § 1º, c), estabeleceu a representação de lei municipal, pelo chefe do Ministério Público local, tendo em vista a intervenção estadual (art. 15, § 3º, d). Finalmente, a Emenda n. 7, de 1977, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, completando, assim, o conjunto normativo do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. [...] é fácil constatar que foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta (CF, art. 103). (MENDES, 2009, p. 1.111).

Nesse cenário, de amplo controle de constitucionalidade, o neoconstitucionalismo encontrou um terreno fértil para desenvolver-se. Sobre as características desse fenômeno, destaca Daniel Sarmento:

> a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e, e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2009).

Em decorrência da centralidade que os direitos humanos-fundamentais alcançaram, a busca por sua concretização tornou-se uma luta social permanente. A cidadania e a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, incs. I e II), o desenvolvimento da sociedade e a promoção do bem de todos, como objetivos fundamentais da república (CF, art. 3.º, incs. I a IV), estimulam, por exemplo, o amplo acesso à justiça por todos (CF, art. 5º, inc. XXXV) (BRASIL, 1988), o que faz com que o acionamento do Poder Judiciário seja cada vez maior.

A tutela jurídica implica a judicialização de todas as questões da vida. A expansão da jurisdição inclui o controle de políticas públicas, o que pode gerar conflitos com os outros poderes, esbarrando no ativismo judicial ou, o que é pior, no "totalitarismo constitucional".

> O certo é que, na contemporaneidade, a ampliação do conteúdo (sic) das constituições acabou desvalorizando-as. Elas não mais gozam daquele respeito de outrora. Foram banalizadas. Aliás, o marco inicial desse desprestígio deu-se com o término da Primeira Guerra Mundial, quando os constituintes, não se contentando em organizar o poder político, inseriram, na seara constitucional, normas econômicas e constitucionais. (BULO, 2009, p. 24).

Não se pode, pois, perder a dimensão da democracia. O neoconstitucionalismo é reflexo do Estado Democrático de Direito, o que legitima a participação da sociedade no processo de interpretação constitucional, porque elas "representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição [...]" "[...] a integração, pelo menos indireta, da 'res-publica' na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário" (*sic*) (HÄBERLE, 1997, p. 30 - 33).

Na ausência ou inércia do Estado, o Poder Judiciário, acionado pela pessoa que se sente lesada ou ameaçada, se tornou agente ativo na concretização de políticas públicas, reconhecendo e determinando que se cumpra o direito garantido e reclamado judicialmente. É nisso que incorre a crítica, uma vez que o desempenho do múnus político é conferido a poderes específicos investidos por meio de critério eletivo em processo específico à pessoa assim reconhecida como capaz de representar a maioria, ao contrário dos juízes e tribunais, cuja investidura é distinta.

Porém, ainda que não eleito pela maioria, "o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade" (BARROSO, 2012, p. 46). O poder conferido pela Constituição legitima a atuação jurisdicional ao permitir a deliberação sobre a aplicação ou não de leis conforme a Constituição.

É papel do Poder Judiciário, no desempenho de sua função ordinária, a aplicação do direito ao caso concreto, afirmando a supremacia da Constituição e vedando a aplicação de leis inconstitucionais.

> Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação (BARROSO, 2012, p. 47).

Ana Paula Barcellos defende que "não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo" (2005, p. 92), já que não se cuida de invasão da Constituição na esfera política, muito menos uma transferência do poder do povo e, de seus representantes, ao operador do direito. Isto porque as normas contidas na Constituição possuem natureza jurídica e são dotadas de aplicabilidade imediata, com superioridade hierárquica.

A garantia ao acesso à justiça para solução dos mais variados problemas, principalmente sociais, de resguardo e garantia de direitos fundamentais deve ser assegurada, por mais que implique a expansão da jurisdição.

É papel do Poder Judiciário resguardar a todos os envolvidos a solução mais harmônica ao caso concreto, observando todos os pressupostos do Estado Democrático de Direito, a fim de promover os valores constitucionais, quando os demais poderes são insuficientes para tanto, sem, contudo, criar uma instabilidade institucional (BARROSO, 2005, p. 51).

A tarefa fundamental do neoconstitucionalismo é ampliar a cidadania, consagrar o Estado Democrático de Direito e dar maior efetividade a valorização da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Com o término da Segunda Guerra Mundial, observou-se que tanto os entes internacionais como os nacionais passaram a conferir proteção aos direitos humanos fundamentais, como meios necessários à máxima proteção da vida digna.

A Constituição de República Federativa do Brasil é dirigida aos fins sociais presentes e futuros, promovendo o diálogo entre o direito e a ética, o que permite a irradiação dos valores a todo o ordenamento jurídico.

O Estado Democrático de Direito assegura direitos e garantias fundamentais, o que confere ao Poder Judiciário amplos mecanismos hermenêuticos, processuais e de controle constitucional/convencional. Porém, o que legitima a atuação da expansão da jurisdição é a promoção da justiça, quando frustrados os demais mecanismos de efetivação da cidadania.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paulo. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética. *In:* BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L.; BARRETTO, Vicente de Paulo. Novos temas de biodireito e bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In.: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005.

BOBBIO, Noberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: Unb, 1997.

BUCKHART, Thiago Rafael. Jurisdição constitucional no Brasil: uma análise crítica da dicotomia substancia lismo vs. Procedimentalismo. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, v. 3, n. 56, 2021.

BULO, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoproce ssualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. Editora: D' Plácido, São Paulo, 2020.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoproces sualismo. Revista Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, 2007.

CAPELLARI, Eduardo. A crise da modernidade e a constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo. Repositório Institucional da UFSC, ano 2002.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direitos Sociais. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, v. 2, 2022.

PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal do Direitos: desafios contemporâneos. Revista de Direitos Internacional e Direitos Humanos, UFRJ, v. 1, n. 1, 2018.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, 2009.

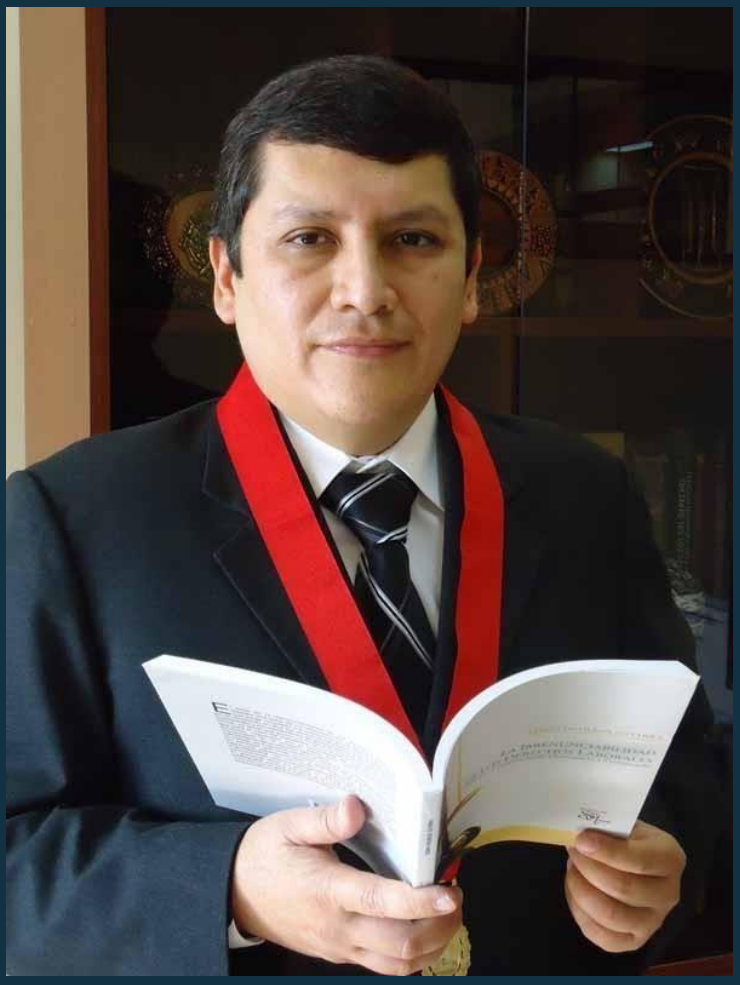
SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. Brasil: Uma Biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo, 5. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS

THE NEW CONSTITUTIONAL PROCEDURAL CODE OF PERU. SOME CRITICAL REFLECTIONS



Edwin Figueroa Gutarra [1]

Perú ha acumulado una experiencia de campo de interés con la dación de sus Códigos Procesales Constitucionales de 2004 y 2021. La forja de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución se ha afianzado, con esas herramientas, a través de los procesos constitucionales previstos en estos instrumentos normativos. Sin embargo, deviene necesario asumir una posición de reflexión crítica sobre el último Código, en tanto hemos de cuestionarnos si las nuevas reglas previstas por esa norma, son compatibles con la Norma Fundamental. Desarrollamos, en esa línea, el análisis de algunos conceptos como vigencia y validez de la ley, y mutación constitucional de las normas respecto de los temas planteados.

[1] Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID y del Consejo General del Poder Judicial de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). E-mail: efigueroag@pj.gob.pe

Palabras clave: Código Procesal Constitucional; Derechos fundamentales; Primacía normativa de la Constitución; Vigencia y validez de la ley; Mutación constitucional; Déficit deliberativo.

Peru has accumulated a field of interest experience with the enactment of its Constitutional Procedural Codes of 2004 and 2021. The forging of fundamental rights and the normative primacy of the Constitution has been strengthened, with these tools, through the constitutional processes provided for in these normative instruments. However, it becomes necessary to assume a position of critical reflection on the latest Code, insofar as we have to question whether the new rules provided for by that norm are compatible with the Fundamental Norm. In this line, we develop the analysis of some concepts such as formal validity and material validity of the law, and constitutional mutation of the norms regarding the issues raised.

Keywords: Constitutional Procedural Code, Fundamental rights; Normative primacy of the Constitution; Force and validity of the law; Constitutional mutation; Deliberative deficit.

INTRODUCCIÓN

Desde su dación e incorporación al ordenamiento jurídico las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad al tiempo que asumen vida propia en un contexto que podemos llamar, de alguna forma, de ajenidad. La idea aquí a explayar es que las leyes adquieren, en sus interacciones en el marco de las relaciones jurídicas en la sociedad, una existencia particular, y ya no pertenecen en estricto al legislador de origen. Este último podrá ser el intérprete auténtico de la ley, pero deberá satisfacer, en su interpretación de la norma creada, un examen de compatibilidad con el ordenamiento constitucional vigente, tránsito que puede acarrear, algunas veces, mutaciones constitucionales, esto es, variedad de ángulos interpretativos de ductilidad de los derechos, y de condiciones de maleabilidad de las reglas. Es decir, ya no se explica la ley como un concepto nominal o semántico, anquilosado en su definición de origen, sino la ley misma, en un sentido dinámico, adquiere vida propia y va interactuando en sociedad.

Por una parte, la presunción de constituciona lidad de la ley nos refiere una premisa de compatibilidad de rigor de esta con la Carta Fundamental, es decir, se asume que no solo cumplen las leyes un requisito de vigencia en sentido formal, sino que satisfacen una condición de existencia material, al asumirse una característica de concordancia práctica con la Constitución. De otro lado, como hemos acotado, la realidad es dinámica y somete la ley a los baremos de mutaciones y variaciones que buscan adaptar la norma a la realidad.

Unas veces se logra esa adaptación de la ley al flujo de las relaciones jurídicas que intercambian efectos constantes en el mundo del Derecho, y vía interpretaciones correctoras, su literalidad se reenfoca en una nueva comprensión de la regla, salvando su constitucionalidad. Otras veces, sin embargo, la mutación de la ley no es posible, a pesar del esfuerzo del intérprete por hacerla compatible con la Norma de Normas y, por ende, se abren los caminos para su modificación o su expulsión del ordenamiento jurídico.

En seguimiento de las premisas expuestas, motiva este estudio la dación del nuevo Código Procesal Constitucional (nuevo CPConst) de Perú, Ley 31307, sobre el cual pretenderemos abordar algunas líneas de reflexión crítica, más aún cuando dilucidado un proceso de inconstitucionalidad en 2021 contra esta norma, el Tribunal Constitucional, en votación dividida, ha declarado infundada la demanda incoada contra este nuevo grupo de normas sobre procesos constitucionales, el mismo que reemplaza al anterior Código Procesal Constitucional de 2004.

Engarzamos esto último con nuestras afirmaciones iniciales en el sentido de que no nos persuadimos, y así adelantamos una necesaria conclusión, de la constitucionalidad del nuevo Código adjetivo en varios de sus aspectos, que hemos de graficar a grandes rasgos. Y, sin embargo, la condición de ciudadanos respetuosos de un Estado de derecho, nos inclina a asumir la constitucionalidad de la decisión de la mayoría de magistrados del Tribunal, respecto de salvar la constitucionalidad del nuevo Código. A pesar de lo señalado, postulamos que se abre un importante espacio para que los jueces constitucionales asuman figuras de ductilidad, maleabilidad y, por ende, reexpresión de los contenidos materiales de la nueva norma, a fin de concretar su compatibilidad con la Norma Normarum.

Nos parece de importancia destacar, entre otros aspectos, grosso modo y con ánimo didáctico académico, cuáles han sido, en general, algunos de los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad contra esta novísima ley, por un lado, y cuál ha sido la posición del Tribunal Constitucional al respecto, en tanto ha habido en valoración diversos principios de relevancia sobre los cuales es pertinente anotar algunas líneas de interés.

Adelantamos, ciertamente, lo valioso de la experiencia peruana en materia procesal constitucional, sobre todo a partir de la dación del anterior y primerCódigo Procesal Constitucional de 2004, esbozo histórico que ha permitido que Perú acumule un trabajo de campo de interés, no solo en el afianzamiento de los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, de inconstitucionalidad, competencial y de acción popular, sino que ese insumo de experiencia de base ha servido para contrastar las coyunturas complejas que nos presenta el nuevo Código adjetivo sobre la materia.

Ciertamente esta nueva herramienta, lo creemos así, irá adquiriendo vida propia en su adaptación al ordenamiento jurídico. Algunas disposiciones suyas deberán asumir una naturaleza maleable, quizá de ductilidad, o en alguna forma tendrán que mutar en contenidos materiales, y, sin embargo, otras tantas seguirán demandando modificaciones legislativas para enmendar los visos de inconstitucionalidad que parecen identificarlas.

En conjunto, se trata de un ejercicio de contrastes en planteamientos, es decir, lo que se debe derogar, lo que se debe adaptar, lo que debería mutar, o aquello que sea, en cierto modo, maleable. He ahí la complejidad y el interés del enfoque constitucional sobre los derechos fundamentales y el principio de primacía normativa de la Constitución, dado que los ángulos grises, brumosos e indeterminados que caracterizan estas materias, nos conducen siempre a debates inconclusos donde la razonabilidad de los principios se opone, a veces coincidiendo, a veces no, a la racionalidad de las reglas.

Estos enfoques revisten cierta utilidad en el marco del propósito de Brasil de adoptar un Código Procesal Constitucional y, desde la experiencia de campo de Perú, es importante evaluar que, sin un Código adjetivo de este tipo, no hay una organicidad adecuada en la defensa, protección y tutela de los derechos fundamentales y de la cláusula de primacía normativa de la Constitución. Sin perjuicio de lo expresado, la adopción de un Código de esta naturaleza, tampoco está exenta de vicisitudes y dificultades en los caminos de aplicación de las normas, y la experiencia peruana así lo demuestra.

La idea sustantiva a este respecto, entonces, es que la vivencia de adopción del Código en definitiva es valiosa y que vale la pena, de lejos, embarcarse en ese propósito de utilidad. Desde esa acotación, las vicisitudes de Perú en este campo pueden constituir un baremo de referencia y utilidad para que el tránsito de las nuevas normas sea más manejable, asimilando las enseñanzas en el camino de consolidación del Código, pues como Machado alguna vez aseveraba "Caminante, no hay camino, camino se hace al andar". En ese norte de ideas, habrá que adoptar el Código adjetivo en la materia para experimentar el grado de mejora de defensa de los derechos fundamentales o, en su caso, aprender de los errores en el camino para enmendar lo que sea necesario ajustar.

1 VIGENCIA, VALIDEZ Y MUTACIÓN DE LAS NORMAS

La vigencia de la ley constituye una figura que nos conduce a examinar el contenido prevalentemente formal de la misma ley. Aludir a la vigencia de la norma nos lleva a asumir que se ha cumplido un procedimiento preestablecido, en el ámbito legislativo, que implica una propuesta de la norma, su discusión en sede parlamentaria, su aprobación con las mayorías legislativas necesarias, y su promulgación por parte del Poder Ejecutivo. Esta condición de existencia formal es ineludible a fin de que la regla alcance sus efectos de aplicación, pues una norma que no hubiera seguido estos procedimientos, no puede considerarse vigente y, por tanto, no deviene racionalmente obligatoria ni exigible.

En forma adicional, comprendemos por validez de la ley su compatibilidad material con el ordenamiento jurídico, en la medida que se trata de un segundo examen de la ley, luego de la verificación de su vigencia, esto es, no basta que una norma satisfaga el requisito normal de encontrarse vigente. Es necesario completar un examen de constitucionalidad, bajo estándares de razonabilidad y proporcionalidad, que solo puede ser cumplido en tanto la ley sea compatible con la Norma de Normas que es la Constitución.

Para efectos de nuestro examen en este artículo, hemos de anotar que el nuevo CPConst es una norma vigente, de ello no nos quepa la menor duda. Y, sin embargo, la cuestión es si sus normas son compatibles con la Carta Fundamental, lo cual exige se cumplan los baremos de examen antes anotados, es decir, si las nuevas regulaciones planteadas cumplen el requisito de ser razonables, al no imponer condiciones excesivamente verticales u onerosas en sus interacciones jurídicas; y si de otro lado, se cumplen los baremos de proporcionalidad de la norma, concepción que se ha ido afianzando en el ordenamiento constitucional desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, a partir de 1951, y que en realidad incide en una idea de mensura proporcional de la ley respecto de la Constitución.

La anterior afirmación quiere decir que, si la norma es excesiva y crea situaciones de ambigüedad, por múltiples significados, entonces deben reducirse los espacios de sus contenidos materiales. De la misma forma, si expresa muy poco y crea situaciones de lagunas, entonces, bajo criterios de integración, deben ser colmados esos vacíos, a fin de encontrar una adecuada compatibilidad de esa regla con la Constitución.

Desde el eje anotado, es nuestro planteamiento que deviene en un aporte al ordenamiento que nuevas regulaciones mejoren la aplicación y desenvolvimiento de las normas. Asumimos que la nueva ley, prima facie, busca mejorar el contenido de la regla anterior. Esta es una presunción de facto y, sin embargo, el panorama deviene complejo cuando la nueva regla no supera a la anterior, sino expone un escenario más complejo de aplicación, sea porque causa efectos adversos a los buscados, sea porque el examen del legislador devino incompleto y, en esa situación, crea contextos adversos de despliegue de sus efectos.

Bajo la pauta descrita, la interposición de un proceso de inconstitucionalidad contra las nuevas regulaciones, implica discutirle al legislador no su calidad mayoritaria, ni tampoco entrar a un debate contramayoritario, en tanto los jueces constitucionales gozan de atribuciones, bajo criterios nomofilácticos, para expulsar las normas del ordenamiento jurídico y, por tanto, pueden ordenar cesen los efectos de una ley. En suma, se trata de aplicar un baremo de control de constitucionalidad, necesario en todo ordenamiento jurídico, en cuanto son exigibles leyes que cumplan no solo requisitos de vigencia, sino también de validez.

En consecuencia, en un resumen de lo hasta aquí examinado, las normas jurídicas, incluidos los Códigos adjetivos como el nuevo CPConst de Perú, demandan cumplir un ineludible requisito de validez para desplegar, en forma razonable y proporcional, sus efectos de aplicación.

La cuestión que planteamos respecto a la mutación de la norma constituye un escenario que podemos considerar simultáneo, con márgenes de

independencia, respecto a la aplicación de la ley. En efecto, la mutación implica una variación del contenido material de la norma, y un criterio de aproximación al respecto bien puede encontrarse, como punto de partida, en la distinción que realiza Riccardo Guastini entre disposición y norma (2011, p. 136). Por aquella se entiende la regla sin interpretar, y esta última alude a la regla ya interpretada. Aquella es un simple enunciado lingüístico; esta es, en rigor, un sentido interpretativo.

Lo relevante del planteamiento de Guastini reside en que el sentido interpretativo involucra una asignación de significado que, no pocas veces, puede no coincidir con el tenor literal de la regla sometida a examen y eso, desde ya, demanda comprender la diferencia entre interpretación literal y correctora (2014, p. 109). Aquella atiende a la dimensión formal de la regla sometida a examen, y se circunscribe solo a comprender la interpretación objetiva que se desprende de la regla.

Por su lado, la interpretación correctora, debemos anotar, puede extenderse incluso a una interpretación extensiva de lo establecido por la regla, no coincidir con su significado formal y, por tanto, entenderse una variación sustantiva de lo aportado formalmente por la regla inicial. He aquí una cuestión de mutación de la regla, la cual puede entenderse como una variación del significado.

Para el efecto indicado, en consecuencia, la norma puede mutar desde su misma aplicación objetiva y adaptarse al ordenamiento jurídico vigente. No estamos aquí ante una figura de aplicación directa de la ley, sino que la misma realidad, en su interacción dinámica de las relaciones jurídicas que involucra, logra que la norma mute en sí misma en su significado material. Esto es, el contenido formal sigue siendo el mismo, pero su comprensión cambia, lo cual incide en que se mantenga la constitucionalidad de la regla de origen. En rigor, la norma conserva su extensión formal, pero cambia su comprensión material.

En vinculación con nuestro tema, hemos de discutir en qué medida podemos encontrar una correlación de contenidos entre la mutación constitucional y una acción propia de inconstitucionalidad. Los niveles de interrelación son múltiples, pero es necesario centrarnos, al menos, en dos cuestiones. Una primera es que la norma mute propiamente en su comprensión, incluso si no se interpone un proceso de inconstitucionalidad, o si interpuesto este, la regla advierta, en la práctica, una mutación de su aplicación material. En ese caso, salva esa comprensión la constitucionalidad de la norma y, por ende, sigue perteneciendo la misma norma al ordenamiento jurídico. En este último caso, el juez constitucional asume que no hay función correctora alguna que desempeñar.

Desde otra perspectiva, la mutación puede ser sometida a examen bajo reglas de control de constitucionalidad. En este caso, igualmente podemos advertir, junto a varias alternativas, dos escenarios principales. Uno primero residiría en el hecho de que, sometida la ley a control constitucional, el Tribunal Constitucional adopte una interpretación correctora, extensiva o restrictiva que, cambiando el sentido de comprensión de la regla sometida a examen, haga mutar la extensión material de la norma, pero salve su constitucionalidad.

El segundo panorama devendría más complejo, pues no obstante haberse buscado un examen de compatibilidad con la Constitución, no es posible salvar la presunción de constitucionalidad de la ley, con lo cual la norma cae y se hace necesaria, en términos kelsenianos, su expulsión del ordenamiento jurídico.

Veamos en dónde podemos ubicar el contexto de la ley sometida a examen, esto es, a propósito de la revisión del proceso de inconstitucionalidad contra el nuevo CPConst.

2 ALGUNAS CUESTIONES CRÍTICAS SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ DE 2021

Efectuadas algunas precisiones de rigor sobre vigencia, validez y mutación de las normas, ejes necesarios para entender nuestros planteamientos, abordamos algunas cuestiones críticas, las más relevantes a criterio nuestro, en relación a la STC 00025-2021-PI/TC y 00128-2021-PI/TC, de fecha 23 de noviembre de 2021, la misma que define la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 31307, instrumento que pone en vigencia el nuevo CPConst de Perú, el cual sucede al Código adjetivo de 2004.

Una guía de examen de criterios sobre la demanda puede ser verificada en la aludida demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de La Libertad, de fecha 26 de julio de 2021, la cual incide en varios temas de incompatibilidad constitucional del nuevo Código.

Por razones de espacio, nos hemos de centrar solo en tres rubros: la obligatoriedad de no declarar la improcedencia liminar de la demanda, y la contravención de dos importantes precedentes vinculantes, contenidos en la STC 2383-2013, caso Elgo Ríos, y STC 00987-2014-PI/TC, caso Vásquez Romero, los cuales aluden a los conceptos de las vías igualmente satisfactorias respecto de la interposición de procesos constitucionales, el primero; y sobre los requisitos de procedencia del recurso de agravio constitucional, respecto del segundo.

Sin embargo, a pesar de lo cerrado del examen a desarrollar, pues solo abarcamos algunos conceptos que abordan la demanda y la sentencia, no podemos dejar de incluir algunos criterios de contexto muy importantes, y para ello nos adelantamos a examinar un término que la sentencia recoge, en el voto en minoría, al aludir a un "déficit deliberativo", en relación al

reducido espacio de discusión que esta nueva norma exhibió.

En efecto, dicha norma fue aprobada en una denominada legislatura extraordinaria, cuando ya se cerraban las actividades formales del último Parlamento y, adicionalmente, se aprobó la norma por el mecanismo de insistencia, es decir, la norma se expidió, luego el Poder Ejecutivo la observó, y aun así, porque formalmente el escenario lo permitía, se aprobó la nueva ley sin recoger o discutirse suficientemente las atingencias formuladas por el Ejecutivo.

Ahora bien, el sistema de Perú permite, es parte del procedimiento, que una observación del Poder Ejecutivo respecto de una ley pueda ser superada por el Poder Legislativo y que, manteniendo este su punto de vista, pueda aprobar una ley por la figura de la insistencia. Y, sin embargo, el aludido "déficit deliberativo" se configura en desmedro, objetivamente, de la necesaria discusión que merecían las observaciones del Poder encargado de la promulgación de la ley, en este caso, del Poder Ejecutivo.

Más aún, la nueva norma no mereció los espacios de discusión previos a nivel de Universidades, Colegios de Abogados, otras instituciones técnicas, y comunidad jurídica en general, a fin de recoger sugerencias, aportes y críticas constructivas que pudieran mejorar el perfil de la norma. Dada esa ausencia, podemos asumir, con suficiente criterio, que el Poder Legislativo no construyó una norma como producto de un consenso, sino que aprobó la norma en comento sobre la idea base de un apresuramiento.

De la misma forma, el "déficit deliberativo" a que aludimos ha tenido lugar, como hemos reseñado, a nivel de los mismos Poderes del Estado, pues aprobar una ley por insistencia, aun cuando se trata de un mecanismo permitido, le quita a la ley, en parte, el necesario carácter de validez que se exige de toda norma, la cual, para ser razonable, demanda, entre otros aspectos, un amplio debate de la misma en los niveles pre legislativo y legislativo propiamente dichos y, por supuesto, un debate intenso a nivel de la sociedad en general.

Por otro lado, no podemos dejar de anotar la inobservancia de un periodo de vacatio legis de la nueva norma, esto es, de un espacio de aún no vigencia efectiva de la ley, (que pudo ser de seis meses, como ocurrió con el Código Procesal Constitucional de 2004), a fin de que los actores del sistema jurídico pudieran tomar conocimiento anteladamente, en forma suficiente, de la nueva norma, y proyectar los cambios necesarios de entorno, para la entrada en vigencia de las nuevas regulaciones. La falta de esto último se expresa al entrar inmediatamente en vigencia una norma, sin plazo alguno de adaptación.

La vacatio legis implica una manifestación compatible con el *prospective overruling* (LANDA, 2010, p. 222), o cambio de reglas prospectivo, en tanto que, al igual que sucede en esta última figura, los cambios en el ordenamiento jurídico, establecidos por las nuevas reglas, han de demandar un tiempo de adaptación de quienes resultan partícipes directos e indirectos de las nuevas regulaciones, a fin de efectivizar el contenido de los nuevos mecanismos.

3 POSICIONES A FAVOR Y EN CONTRA SOBRE EL NUEVO CÓDIGO

Antes que una posición a favor propiamente dicha respecto al nuevo CPConst, es propio aludir, cuando se modifica una ley, a la importancia de conservar las reglas y viabilidad de las disposiciones normativas anteriores, o reformuladoen otros términos nuestro argumento, deviene exigible que la nueva norma supere, en contenido formal y material, la normativa anterior. Si esta última es objeto de modificación, es importante que el nuevo esquema vigente sea mejor, con creces, que la anterior disposición. Esto es resumido como un planteamiento de exigible progresividad y no de esperada regresividad.

En relación a las posiciones, si podemos llamarlas así, a favor de la independencia judicial, consideramos que es plenamente compatible con esta que el anterior Código Procesal Constitucional de Perú, Ley 28237, previera, bajo una regla de aplicación directa del acotado principio judicial, que los jueces pudieran rechazar una demanda, declarándola improcedente liminarmente, esto es, apenas se postule la acción.

La referida disposición contenía una regla lógica elemental: si no existen visos de afectación constitucional en la postulación de la acción, esta no debe proseguir ni ser tramitada, pues compromete los recursos de la impartición de justicia constitucional, que propiamente son siempre escasos, dado que se atendería una demanda que no tiene visos de posibilidades a favor en un ejercicio de estimación del juez constitucional.

De otro lado, si el juez rechaza una demanda en modo liminar, constituye esta decisión una manifestación de su ejercicio del principio de independencia judicial, consagrado en el artículo 2 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, reformado en 2014, el cual expresa que "El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo".

Sin perjuicio de lo expuesto, en un giro que podríamos llamar contrario a este acotado principio de independencia, el nuevo CPConst expresa, en su artículo 6, que el juez se ve impedido de declarar el rechazo liminar de la demanda. Esta situación, a juicio nuestro, involucra un desarrollo oneroso del proceso, y no resulta oficioso el nuevo mandato, en el sentido de una adecuada atención de la justicia constitucional, en

la medida que exige que todo el proceso sea tramitado, en su totalidad.

Lo antes afirmado, es decir, atender toda la tramitación del proceso ¿implica que tenga lugar en el proceso la citación de la demanda y la contestación, la expedición de una sentencia, la apelación del caso, el fallo de segunda instancia, un recurso de agravio constitucional si la parte accionante pierde, y una decisión del Tribunal Constitucional? Literalmente sí, aunque es menester observar que queda delegada en los jueces constitucionales la tarea de evaluar si otras fórmulas procesales son aplicables. No resulta ni razonable ni proporcional que un proceso sea atendido en todas sus etapas si no ostenta suficiente mérito de razonable viabilidad la pretensión constitucional incoada.

En el caso que acotamos estamos frente a dos escenarios posibles, entre otras alternativas: o los jueces aplican directamente la norma, sin más, atendiendo al sentido formal de la disposición enunciada, o bien buscan un mecanismo de adecuación que permita asumir que la regla formal no puede ser aplicada con tanta rigurosidad. Por tanto, queda por evaluar, acaso, si una vez admitida a trámite la demanda y recibida la contestación, los jueces puedan optar, en caso de estimar manifiestamente improcedente la demanda, por emitir sentencia prescindiendo de la audiencia única del caso, conforma al artículo 12 del acotado Código, esto es, que si no hay visos de una atención realmente necesaria del petitorio en sede constitucional, la acción debe prontamente concluir.

¿Implicaría ello contradecir al legislador cuando este exige no declarar la improcedencia liminar de la demanda? A juicio nuestro no, en tanto la demanda ha sido admitida a trámite, y se hace uso de una opción procesal diferente, a efectos de no atender una petición que no expresa rangos de especial relevancia constitucional y que exige, en contexto, ser desestimada de plano por no satisfacer requisitos mínimos para su estimación en sede constitucional.

En otro ámbito de este enfoque, demandan también un examen, a juicio nuestro conjunto, la infracción del nuevo CPConst hacia las STC 2383-2013, caso Elgo Ríos, y STC 00987-2014-PI/TC, caso Vásquez Romero, sobre vías igualmente satisfactorias y requisitos de procedencia del recurso de agravio constitucional, respectivamente.

El análisis aquí es de interés pues, sin perjuicio de nuestras alegaciones valorativas, constituye un tema de interés si en rigor una ley, esto es, el nuevo CPConst, en propiedad una decisión del legislador, puede prevalecer sobre un precedente constitucional vinculante, es decir, una interpretación de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional.

Ya hemos sostenido que el nuevo CPConst dispone la prohibición del rechazo liminar de la demanda. Y, sin embargo, la STC2383-2013, caso Elgo Ríos, ya trabajó antes de la dación del nuevo CPConst, la noción de vías igualmente satisfactorias, en el sentido de que, si la pretensión puede ser examinada con suficiencia en otra vía, pues deviene necesario derivar esa demanda, de por sí inoficiosa en la vía constitucional, a efectos de que sea atendida en otra vía, la cual puede asegurar una protección razonable para atender la demanda.

Resulta evidente que hay una contraposición manifiesta entre el nuevo CPConst, al prohibir el rechazo liminar de la demanda, y la STC 2383-2013, caso Elgo Ríos, al prever la primera, por vía directa, el rechazo liminar de la demanda. A juicio nuestro y bajo las pautas de un enfoque objetivo, podríamos evaluar, incluso, un escenario de inaplicación del nuevo CPConst y, a su turno, de aplicación preferente del precedente vinculante.

Una figura similar tiene lugar a propósito de la STC 00987-2014-PI/TC, caso Vásquez Romero, el cual establece los requisitos de procedencia del recurso de agravio constitucional, siendo el caso que, de corresponder, por decisión de los jueces constitucionales, según el anterior Código se podía rechazar un recurso de agravio si este no cumplía los requisitos de suficiencia previstos por el precedente en comento. Figura distinta prevé el nuevo CPConst en su artículo 24, al disponer que los recursos de agravio constitucional sean obligatoriamente admitidos y se programen audiencias de vista de la causa en todos los casos.

La colisión de enfoques es frontal, en la medida que el precedente vinculante Vásquez Romero es objetivo, al exigir determinados requisitos respecto del recurso de agravio constitucional. Por su lado, si el nuevo CPConst prevé sean concedidos todos los recursos de agravio constitucional, entonces estamos frente a un serio problema de aplicación vertical de la norma, y eso implica un conflicto de reglas y una colisión de principios.

Los problemas que planteamos en conjunto, a raíz de todo lo expuesto, se hacen más complejos aún si ponemos en debate la STC 025-2021-PI/TC y 028-2021-PI/TC (acumulados), (Tribunal Constitucional del Perú, b, 2021, p. 1), de fecha 23 de noviembre de 2021, la cual, por mayoría, desestima la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de La Libertad y el Poder Ejecutivo contra la Ley 31307, que contiene el nuevo CPConst.

Aludimos a un escenario de complejidad pues el voto en mayoría, en solo 2 folios, del total de 51 páginas de la decisión total, desestima la demanda bajo el argumento de que la ley fue aprobada satisfaciendo todos los requisitos establecidos en el Reglamento del Congreso y que, por tanto, no hubo déficit deliberativo.

En rigor, el voto en mayoría, expresado a través de un voto singular, es decir, un voto en discrepancia con la ponencia inicialmente presentada para debate, que finalmente queda en minoría, desarrolla un análisis

excesivamente sucinto sobre la cuestión principal. En efecto, es criterio central de la decisión vencedora que se cumplieron los requisitos formales del caso para la aprobación de la ley cuestionada y, sin embargo, allí no residía el tema central dela discusión.

Por el contrario, si bien la ponencia inicial, en 23 folios, aborda también el examen del incumplimiento de determinadas reglas para la aprobación de la norma, es el voto en minoría del magistrado Espinosa- Saldaña que, en 25 folios, aborda un examen integral de los fundamentos de la demanda pues, no solo recoge los términos de déficits de deliberación y reflexión, sino aborda, también, la violación de la autonomía funcional de los órganos jurisdiccionales, llegando a concluir que los artículos 6 y 24 del nuevo CPConst son inconstitucionales.

Incluye, igualmente, un examen de las violaciones del principio derecho a la igualdad, de la tutela jurisdiccional efectiva, del derecho de defensa, y del principio de seguridad jurídica, entre otros rubros, para finalmente estimar la demanda.

No ha de seguirse, por parte del lector, una conclusión inválida en el sentido de que por ser más extensas las ponencias en minoría, y menor en extensión el voto en mayoría, que pudiera haber mejor sustento final del voto no vencedor. Y, sin embargo, no podemos dejar de observar que el voto en minoría sí aborda gran parte del debate que planteaban las demandas de inconstitucionalidad. Por tanto, hemos de atender a la fuerza de los argumentos antes que a un criterio de extensión.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, creemos que el voto en mayoría quedó en deuda con los estándares de una buena argumentación, en la medida que faltó un sustento más amplio de su posición.

4 BALANCE DE ENFOQUES

Corresponde interrogarnos, respecto a los temas abordados, cuáles pueden ser los escenarios a plantearse a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de desestimar la demanda interpuesta contra el nuevo CPConst.

Pues un primer escenario, ineludible, por cierto, se expresa en la idea de que las nuevas regulaciones de la reciente herramienta son aplicables in toto, es decir, asumirse formalmente que tienen rigor aplicativo en cuanto reglas, y en cuanto mandatos definitivos. Solo hemos abordado, es de verse, algunos aspectos de los cuestionamientos expresados en la demanda y, desde nuestro punto de vista, persiste un conflicto de aplicación que no ha sido resuelto.

Es a partir de lo expresado que surge un segundo escenario, en el cual hemos de rescatar, a partir de la noción de validez de la ley, una exigible concordancia con la Constitución. De esa forma, al ser la legitimidad de la norma, consecuencia de la materialización de la validez de la misma, un baremo necesario, creemos que se abren diversas posibilidades para lograr esa exigible compatibilidad material con la Constitución.

Una variante en ese rango de pretensión de alcanzar la compatibilidad de la regla, es propiamente que los jueces opten, prima facie, por la figura del control difuso en la delimitación de los alcances del cuestionamiento. Sin embargo, aquí se configura un problema mayor: el nuevo CPConst ha sido nominalmente validado como norma compatible con la Constitución en un proceso de inconstitucionalidad. Y, sin embargo, el fallo del Tribunal alude, sustantivamente, a la regularidad del procedimiento parlamentario para la aprobación de la ley.

Como hemos señalado, el voto en mayoría es muy parco en fundamentos, hay excesiva brevedad en el mismo, y ello abre una alternativa en el sentido de que si hay cuestiones que no abordó el primer examen de constitucionalidad, ello por cierto puede acarrear se habilite una nueva evaluación de los jueces, pero desde otra perspectiva de aplicación material.

En sustento de esa idea, es razonable afirmar que la votación en mayoría abordó solo la regularidad de la votación parlamentaria, pero no examinó cuestiones de afectación al principio de independencia judicial. Y si barajamos que esta última cuestión no fue abordada, pues efectivamente aún cuando se presuma constitucional una norma validada por el mismo Tribunal Constitucional en una primera decisión determinada, creemos que se habilitaría per se un nuevo examen desde otro principio a examinar, dado que se trata de un enfoque que constituye otro ángulo de examen.

Nuestra afirmación supra goza de sustento en la jurisprudencia constitucional de Perú, en cuanto en la STC acumulada 025-2005-AI/TC y 026-2005-AI/TC, en 2005 (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, p. 9), el supremo intérprete de la Constitución refiere que ya en un caso anterior, la STC 0003-2001-AI/TC y 006-2001-AI/TC, en 2001, el órgano jurisdiccional ya había validado una norma cuestionada respecto de los nombramientos de jueces y fiscales, esto es, el artículo 22, inciso c, de la Ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, examinando solo el principio de igualdad. Sin embargo, en el fallo posterior, esto es, la decisión de 2005, el ángulo de enfoque del nuevo caso se constituía desde el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. En propiedad se evaluó una misma norma supuestamente viciada de inconstitucionalidad, pero desde ángulos de enfoque diferentes.

Bajo esa pauta, no es una opción ajena a la que comentamos considerar, prima facie, la aplicación del test de proporcionalidad, figura de interpretación que, bajo estándares de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, permite

establecer, en decisión fundamentada, la adecuada mensura de una norma en relación con la Constitución.

Desde otro ángulo de enfoque, queda un tercer escenario que, a juicio nuestro, demanda un insumo valioso: el transcurso del tiempo y cómo los jueces definen estándares de aplicación de la norma. Vuelve a ser propio aquí enunciar la figura de la mutación constitucional, pues esta implica un cambio de la comprensión de la norma en el tiempo y, en definitiva, es también una alternativa de suyo válida, en cuanto las normas no deben entenderse anquilosadas en el reloj de la historia, o sujetas a un marco de aplicación, similar al del originalismo norteamericano (SOLUM, 2011, p. 4), para asumirse que se trata de mandatos invariables, inmodificables e inmutables.

Por el contrario, si nos ceñimos a la noción de un denominado living constitutionalism (SOLUM, 2011. p. 37), o constitucionalismo viviente, hemos de convenir en que la realidad es dinámica, y que los derechos contenidos en una Carta Fundamental, varían al influjo de la vida diaria misma.

Desde ese eje conceptual, las experiencias diarias -una suerte de realismo jurídico se desprendería de ello- influyen para impulsar la necesidad de una nueva comprensión de las leyes, y si estas demandan cambios en la realidad y no los realiza el legislador, entonces corresponde a los jueces definir el ámbito de mutación de las normas, sin que se produzca una desnaturalización de las mismas. A ese efecto, la mutación no implica una distorsión en sí misma de la norma, sino involucra encontrar mecanismos de aplicación compatibles con el sentido de razonabilidad y proporcionalidad de la misma, en la búsqueda incansable de su compatibilidad con la Norma Fundamental.

CONCLUSIONES

Hemos querido graficar en este estudio, a grandes rasgos, la valía de la experiencia de campo de Perú en la adopción de sus dos Códigos Procesales Constitucionales, en especial de algunas facetas del último Código adjetivo de 2021, en tanto ha implicado esta última norma algunas modificaciones sustantivas en varios aspectos en relación al anterior Código de 2004.

Razones de espacio nos han impedido un examen integral de los nuevos cambios, pero en esencia, hemos reseñado la afectación que supone, en el nuevo Código, la restricción del principio de independencia judicial que supone la obligatoriedad de admitir a trámite todas las demandas constitucionales, sin poderse declarar su improcedencia liminar, y la vulneración que las nuevas reglas de procedimiento concretan, al imponer exigencias varias, en desmedro de precedentes vinculantes ya definidos antes por el Tribunal Constitucional.

Hemos abordado una revisión de los conceptos de los conceptos de vigencia, validez y mutación de las normas, y nos hemos permitido matizar algunos criterios de entrada en el examen de rigor que ha supuesto la STC 00025-2021-PI/TC, la cual declara infundada, por mayoría, la demanda de inconstitucionalidad interpuesta respecto del nuevo CPConst, pretensión que precisamente implica serias afectaciones al principio de independencia judicial.

En suma, hemos examinado algunas cuestiones de la demanda y de la posición asumida por el Tribunal Constitucional, en tanto la posición de la mayoría solo examinó la cuestión relativa a la regularidad del procedimiento parlamentario de aprobación de una norma, pero dejó incontestadas varias de las cuestiones principales demandadas, ámbitos que sí abarcan los votos en minoría.

En atención a lo expuesto y en el marco de los estudios que desarrolla Brasil para la adopción de su primer Código Procesal Constitucional, estas variables de campo de Perú pueden brindar algunas nociones de referencia para encaminar mejor el debate hacia un fortalecimiento en la aprobación de su Código adjetivo sobre la materia.

Después de todo, la idea es potenciar las fortalezas y reducir las debilidades de las normas. De esa forma, el campo de indeterminación de los derechos se reduce, y dejan estos de ser espacios grises y sombríos, así como finalmente propenden hacia un mejor escenario de aplicación y realización de los fundamentos del nuevo Código.

La lección que pretendemos sustentar impone un norte: que Brasil madure la decisión de adoptar un Código adjetivo en materia de derechos fundamentales y que, al hacerlo, corrobore que el camino de consolidación de ese instrumento es complejo, sin que en ningún caso se niegue la tesis de que el Derecho es dinámico, cambiante y variable, y que las posiciones extremas de no aceptar enmiendas a un Código, no nos haga parecer como el Tribunal de la Inquisición cuando pretendió, en 1633, condenar a Galileo Galilei, por pretender negar que la Tierra era el centro del Universo. Galileo, al salir del juicio arguyó, soterradamente se dice, "Eppur si muove" (Pero se mueve).

BIBLIOGRAFÍA

PERU. Tribunal Constitucional, a (2005). STC acumulada 025-2005-AI/TC y 026-2005-AI/TC. Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por los Colegios de Abogados de Arequipa y del Cono Norte de Lima contra el artículo 22, inciso c), de la Ley Nro. 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.Lima, 25 de abril de 2006. Disponível em: https://tc.gob.pe/ju

risprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

PERU. Tribunal Constitucional de Perú, b (2021). STC acumulada 0025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC. Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados de La Libertad y el Poder Ejecutivo contra la Ley 31307, Ley del nuevo Código Procesal Constitucional. Lima, 23 de noviembre de 2021. Disponível em: https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/00028-2021-AI_.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

GUASTINI, Riccardo. Disposición *vs* Norma. En Disposición vs Norma, Susanna Pozzolo y Rafael Escudero. Editores. Palestra Editores. Lima, Perú. 2011. p. 136 - 156. Disponível em: http://www.parthenon.pe/wp-content/uploads/2017/07/07.-Disposici%C3%B3n-y-norma.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar.Centro de Estudios Políticos yConstitucionales. Colección: El Derecho y la Justicia. Directores: Elías Díaz y Francisco J. Laporta. Madrid. 2014. https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/concursos/2021/Abril/1Interpretacionjuridica/Guastini_Elproductodelainterpretacion.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

LANDA, César. Los precedentes constitucionales: el caso del Perú. En Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 14, Madrid. 2010. p. 193 - 234. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LosPrecedentesConstitucionales-3331533.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. Georgetown University Law Center, 2011. Disponível em: https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2362&context=facpub. Acesso em: 11 ago. 2022.

LA GUERRA DE LOS JUECES E O HABEAS MÍDIA POR SÉRGIO BORJA: UMA GARANTIA 'DE LEGE FERENDA'

THE WAR OF THE JUDGES AND HABEAS MÍDIA BY SÉRGIO BORJA: A GUARANTEE 'DE LEGE FERENDA'

José Sebastião Fagundes Cunha [1]

"O conceito e a lei dos direitos humanos declaram que todo indivíduo pode fazer reivindicações legítimas de determinadas liberdades e benefícios. Os direitos humanos são uma ideia política com base moral e estão intimamente relacionados com os conceitos de justiça, igualdade e democracia. Eles são uma expressão do relacionamento que deveria prevalecer entre os membros de uma sociedade e entre indivíduos e Estados. Os direitos humanos devem ser reconhecidos em qualquer Estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, independentemente do sistema social e econômico que essa nação adota. Nenhuma ideologia política que não incorpore o conceito e a prática dos direitos humanos pode fazer reivindicações de legitimidade. Apesar dos vários tratados e declarações adotados com a consciência e o consenso da comunidade internacional a triste realidade é que nenhum dos direitos declarados é respeitado uniformemente no mundo inteiro. A maciça violação dos direitos e liberdades básicos faz

[1] Pós-doutor na Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Secretário da União Ibero-americana de Juízes. Ex-presidente da Junta Eleitoral de Ponta Grossa. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). E-mail: jsfagundescunha@gmail.com; Lattes http://lattes.cnpq.br/1610736588429169; ORCID: 0000-0001-9838-4513.

com que o ideal de uma vida digna e decente para todos os cidadãos do mundo torne-se algo muito distante. Ao mesmo tempo, vivemos em uma era que apresenta oportunidades, únicas para levar adiante a causa dos direitos humanos. A competição lógica da Guerra Fria, em cujo nome cometeu-se e justificou-se tantos abusos, acabou. Os movimentos para a democracia, guiados por um compromisso de promover os direitos humanos, continuam obtendo bons resultados em todo o mundo. E, finalmente, há o reconhecimento crescente de que o respeito aos direitos humanos é imperativo para a sobrevivência da humanidade." Direitos Humanos - impulsionar ou recuar na luta pela suprema dignidade da vida, pelos direitos e pela felicidade das pessoas? E que ações concretas estamos realizando por esses direitos? Esta é a regra básica tanto do indivíduo como do Estado" (IKEDA *apud* CUNHA, 1998). [i]

Poliana Maria Cremasco Fagundes Cunha [2]

The human rights concept and law state that every individual can make legitimate claims to certain freedoms and benefits. Human rights are a morally based political idea and are closely related to the concepts of justice, equality and democracy. They are an expression of the relationship that should prevail between the members of a society and between individuals and states. Human rights must be recognized in any State, large or small, poor or rich, regardless of the social and economic system that

[2] Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná -TJPR. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2630601067196508.

nation adopts. No political ideology that does not embody the concept and practice of human rights can make claims to legitimacy. Despite the various treaties and declarations adopted with the conscience and consensus of the international community, the sad reality is that none of the declared rights is uniformly respected throughout the world. The massive violation of basic rights and freedoms makes the ideal of a dignified and decent life for all citizens of the world something very distant. At the same time, we live in an era that presents unique opportunities to advance the cause of human rights. The logical competition of the Cold War, in whose name so many abuses were committed and justified, is over. Movements for democracy, guided by a commitment to promoting human rights, continue to do well around the world. And, finally, there is the growing recognition that respect for human rights is imperative for the survival of humanity." Human rights - push or pull back in the struggle for the supreme dignity of life, for people's rights and happiness? And what concrete actions are we performing for these rights? This is the basic rule of both the individual and the State.

INTRODUÇÃO

O 2º Congresso de Direito Constitucional Processual é um momento ímpar de reflexão e exaltação ao pensamento juridico como instrumento de realização do justo, das aspirações de Direitos Humanos contemporâneos e, sobretudo, como instrumento de evolução.

A Revista Gralha Azul da Escola Judicial do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em Edição Especial em homenagem ao eminente Prof. Dr. Desembargador Arruda Alvim é um instrumento que oportunamente está a espargir as reflexões e conclusões, ainda que em aporia, a respeito das matérias amplamente debatidas pelos mais renomados jurisconsultos de mais de uma dezena de Países.

Em tempos de *internet*, quando todos os Tribunais de todos os Países oferecem a jurisprudência instantânea, as mais importantes revistas e periódicos se reinventam e são colocados à disposição gratuitamente para os pensadores do direito, a maior e mais completa biblioteca da humanidade através do google se encontra disponível, o modelo de pensar, o modelo de ensinar da Escola de Florença, em que o Magistar Dixit (o mestre disse) já não faz mais sentido. Hoje o pensador, mais do que antes, é um orientador de ideias, quem instiga e chama à reflexão, propõe em espiral crescente o questionamento constante com conclusões sempre provisórias e que merecem ser revisitadas para discussão e ampliação de fundamentos e conclusões.

Surgem novos institutos e diante das novas tecnologias novas oportunidades de realização e instrumentalização do Direito.

Nas redes sociais André Luiz Maluf Araújo adverte que a ampliação e consolidação da liberdade de expressão como atributo inerente à dignidade e liberdade do ser humano, qualquer que seja sua condição ou classe, tem sido uma luta constante da humanidade. Uma luta que deixou muito sangue no caminho para proclamar essa liberdade como um direito fundamental e essencial para medir a qualidade democrática de um país, que estabelece o respeito à palavra e à expressão, individual e coletiva, como regra fundamental.

Não é demais ressaltar que a Constituição Federal exclui a possibilidade de restrição desse direito através de censura prévia, embora alerte que, como é lógico, não é um direito sem limites. Por esse motivo, pode colidir frequentemente com outros direitos da pessoa, questão que deve avaliar a prevalência da liberdade de expressão. Considerou-se provisoriamente que pode entrar em conflito com o direito à honra, à privacidade, à própria imagem e à proteção da juventude e da infância.

A liberdade de expressão é um pilar fundamental da democracia; a "honra" do governante pode ser questionada? E da honra do cidadão? A liberdade de expressão deve prevalecer?

André Luiz Maluf Araújo assevera que as estatísticas das condenações judiciais em matéria de liberdade de expressão são alarmantes e muitas vezes foram revistas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

O livro *La Guerra de Los Jueces*, de autoria de José Antonio Martin Pallín (El processo judicial como arma política) discorre a respeito dos sentimentos religiosos e das judicializações e condenações, criticando ainda o caminho trilhado pelo Tribunal Europeu.

Cita Voltaire, constrói uma síntese maravilhosa de liberdade de pensamento em um diálogo inventado entre um oficial inglês e um membro do Tribunal da Inquisição. O oficial inglês disse: Não temos permissão para escrever, falar ou mesmo pensar. Se falamos, eles nos emprestam nossas palavras como querem e fazem o mesmo com nossos escritos. Como não podem nos condenar a morrer em auto-de-fé, tentam convencer os governos de que, se deixarem voar, colocaremos todo o Estado em convulsão e nossa nação será a mais infeliz do mundo.

Neste momento, em nenhum país democrático, ao menos aparentemente, ninguém foi condenado a morrer pelas suas ideias, mas será que não é menos perigoso para o pluralismo e a liberdade de expressão punir com penas de prisão ou multa a expressão, por qualquer meio de transmissão ou comunicação, de ideias que, mesmo chocantes, desagradáveis e não compartilhadas, podem ser elevadas à categoria de crime?

A questão da liberdade de expressão tem colocado em constante tensão e confrontado dialéticamente os componentes dos tribunais constitucionais, civis ou criminais.

Segundo o magistério de André Luiz Maluf Araújo, o Tribunal Constitucional, desde as suas origens, tem-se encarregado de recordar a importância da liberdade de expressão para a sustentação dos valores superiores do pluralismo, a formação dos critérios e opiniões da sociedade e a sobrevivência dos direitos e liberdades fundamentais.

Em uma sentença, 6/1988, de 21 de janeiro, ele nos diz: "A liberdade de expressão tem como objeto pensamentos, idéias e opiniões, um conceito amplo dentro do qual também devem ser incluídos crenças e juízos de valor".

Entende que chama a atenção que o exercício de um direito transcendental para a sobrevivência da democracia, como a liberdade de expressão, possa conduzir a um crime público punível com penas muito severas. Para aqueles que astuciosamente exercem "que meu direito termine onde começa o direito dos outros", devemos lembrá-los que, em matéria de pensamentos e sentimentos, nunca se sabe onde

começa o direito dos outros, pois cada um o mantém em segredo.

Prossegue afirmando que quando os direitos legais pertencentes a grupos étnicos e raciais, religiosos, de orientação sexual, etc., são prejudicados, é muito difícil para um setor ou indivíduo de qualquer um desses grandes grupos levantar a bandeira da humilhação ofensiva exclusivamente. Volta a Voltaire, "A tolerância é a panacéia da humanidade."

Se não há dúvida de que todo indivíduo que persegue um homem, que é seu irmão, porque professa uma opinião diferente, está equivocado; pode o Governo, os magistrados e os príncipes, como devem tratar aqueles que pensam diferente deles? Por que, então, os mesmos homens que, no segredo de seu gabinete, decidem pela tolerância, beneficência e justiça, trovejam em público contra essas três virtudes?

Afirma que colocar os juízes na posição de comprometer sua ideologia e seus sentimentos sobre um assunto tão complexo como o da liberdade de expressão, enquadrando-o no quadro de uma infração penal, coloca-os na difícil posição de definir seus julgamentos ou seus preconceitos e em perigo de aliená-los da equidade e da justiça. Não se pode refugiar no simples argumento de que se trata de aplicar a lei ou, melhor dizendo, a letra da lei, mas de abordar a complexa questão da liberdade de expressão, que tem atormentado juízes e tribunais de todos os países tão tolerantes e democráticos.

Enfim, La Guerra de Los Jueces, de autoria do Juiz da Corte Suprema da Espanha, é muito recomendável, principalmente para os dias de hoje.

Em semelhante cenário, no dia 2 de abril de 2012, quando da posse como Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o Desembargador Newton de Lucca defendeu a tese esposada pelo Professor Sérgio Borja, que fora publicada na Gazeta Mercantil, nas edições de 22 e 24 de maio de 1998, bem como defendida como tese no Congresso Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Lomas de Zamora, Província de Buenos Aires, Republica da Argentina, realizado entre os dias 22 a 24 de outubro de 1998 e devidamente publicada no Livro Conferências do evento. A proposição, posteriormente, foi publicada, em 2002, no livro o Projeto Democrático, prefaciado pelo saudoso presidente da OAB/RS, Valmir Batista.

Em breves letras, a tese do Habeas Mídia, pretende, como afirmou o jornalista Jayme Sirotsky, em artigo lapidar publicado na coluna de opinião do jornal Zero Hora, do Rio Grande, titulado: "Censura nunca mais!".

Sim, a tese ainda de "*lege ferenda*" pretende a extinção da censura para ambas as margens do rio da informação que deve correr, sem adulterações de "*fake news*" livre em direção ao mar da Opinião Pública! Sim, a tese defende, censura nunca mais aquinhoando a Imprensa num real estado democrático de direito com sua liberdade de informação, mas também possibilitando que a censura ou a omissão jornalística também nunca mais exista satisfazendo assim a Imprensa como agente de informação e a cidadania, para que não receba notícias distorcidas ou "interpretadas". Assim é que as funções do Poder, legislativa, executiva e judiciária já foram abordadas desde Aristóteles, Maquiavel e depois Montesquieu mas uma das funções, a de informar e bem informar, só foi tratada na ficção por George Orwel na sua obra magistral o Grande Irmão ou 1984!!

Não é demais relembrar que a II Guerra Mundial impregnou a amarga lembrança do nazifacismo e de Goebbels, chefe da propaganda nazista, que afirmava que uma mentira repetida se torna na renitência das afirmações uma verdade.

Assim,

...é que a informação crítica como substrato de formação da vontade do Povo Soberano não pode ter filtros "acríticos" que distorçam a formação das convicções políticas da Sociedade Civil como um todo e muito menos criem distorções que da mesma forma adulteram a adesão ou não aos governos manifestando-se, estas convicções distorcidas pelas informações adulteradas, por distorções na aquilatação da Vontade do Soberano.

Portanto, diante de tal cenário, o Desembargador Newton de Lucca, com toda a sua honestidade intelectual e pujança de de sua formação intellectual, é um defensor assíduo e vigoroso da criação, através de Lei Complementar, deste instituto que visa acrescer aos demais remédios constitucionais esta garantia premente face ao surgimento dos "meios sociais e da rede de comunicação" que extrapolam e são paralelas à antiga rede de informação televisiva, jornalística e de rádio da antiga velha imprensa.

Conforme já afirmado, defender e publicar a tese do Habeas Mídia na sua originalidade é reencetar perante as novas gerações, frente a batalha campal entre a Velha Impressa, cada vez mais desapossada de seus antigos monopólios de informação e a rede social que através de vários apps públicos e privados veiculam informações, as quais, sejam elas honestas ou desonestas, reforçam a necessidade de implantar um mecanismo de proteção da Opinião Pública, célere nos moldes do Habeas Mídia que deve ser aperfeiçoado por ampla discussão pública na Sociedade Civil, como em todas as entidades representativas de classes, profissionais, etc., dentro desta mesma Sociedade Civil.

Inquéritos policiais, condenações, buscas e apreensões, o temor reverencial e o temor da ausência de limites de legislações pertinentes causam comoção e instabilidade social, a se ver a questão do julgamento do Deputado Federal Daniel, pública e notória, julgado e condenado na Suprema Corte, recebeu Graça da Presidência da República e se encontra em insegurança jurídica a respeito de qual será o deslinde de seu caso.

Boa leitura!

1 HABEAS MÍDIA: UM LIMITE AO PODER

Sergio Augusto Pereira Borja

1.1 DA TEORIA

O Constitucionalismo, fruto das revoluções burguesas do século XVIII, embasado nas doutrinas democráticas iluministas criou e estabeleceu a moderna doutrina do controle do Poder. As funções do Poder já haviam sido identificadas por Aristóteles em seu livro a Política, posteriormente foram tratadas respectivamente pela doutrina nas obras de Harrington, John Locke, Bollingbroke, e Montesquieu, devendo-se a este último, no Espírito das Leis, a classificação e sedimentação de teoria geral do Poder que para ele tinha três funções, a Legislativa, a Executiva e a Judiciária[1].

O modelo constitucional do século XVIII, sob a forma de Constitucionalismo Político Liberal, realimentado pelas vertentes sociais do Constitucionalismo Social Weimariano e do Socialismo, com poucas alterações de fundo, continua ainda a ser o modelo basilar regulador das regras do relacionamento entre o Estado, como Poder (Executivo, Legislativo, Judiciário) e a Sociedade Civil. Esta alternativa que conforme Carl Schmitt conformava o modelo estatal embasava-se em dois princípios: o da distribuição onde se manifestava a esfera da liberdade dos indivíduos, direitos pré-estatais, com uma extensão em princípio ilimitada e o princípio da organização, onde se coloca em prática o princípio da distribuição através do poder do Estado, limitado em princípio, que se expressava através das competências préviamente determinadas das funções do Poder através da estrita legalidade. Assim manifestava-se o modelo clássico através de uma dicotomia, a Sociedade Civil, cujas franquias e liberdades civis eram escoltadas pelas suas garantias constitucionais, de um lado, e de outro, o Estado, regulado pela parte orgânica das Constituições[2]. Ora, este modelo estatal com seu consequente controle de Poder expresso através da teoria constitucional, que fundamentalmente é o fulcro de seu objeto, nos dias de hoje está superado.

Jürgen Habermas em sua obra "A mudança estrutural da Esfera Pública" conta-nos em detalhes a alteração das relacões do público e do privado e a sua interação nas novas relações de poder. Ele estuda o público e sua relação com o poder, desde os castelos, os palácios, os salões onde foram feitas as revoluções, os cafés e as cervejarias onde surgiram partidos e também revoluções, e a alteração paulatina da área pública desde o aparecimento da imprensa com Gutemberg, até os nossos dias quando analisa o mito da opinião pública, já sobre o processo complexo, do impacto previsto por Marshall, McLuhan e Quentin Fiore em "O Meio são as massa-gens".

O poder da palavra escrita e televisionada expressa-se na alegoria traçada por McLuhan em Guerra e Paz na Aldeia Global, quando diz que:

> [...] o passo decisivo parece ser que o homem, de um modo ou de outro, construiu uma imagem das coisas apta para representá-las. Provavelmente não é tão importante que isso seja uma imagem gravada - tais como os entalhes paleolíticos de animais - ou imagem acústica - a primeira palavra da imagem representativa. Mas foi decisivo que o homem, de alguma maneira, dissociasse alguma coisa de si mesmo que deveria ficar no lugar de outra coisa. Exatamente como a Bíblia diz com muita propriedade, Adão começou sua carreira no Paraíso dando nomes às coisas eaos animais - e ao fazer isso obteve o domínio sobre eles. Dificilmente pode haver dúvida de que a origem do simbolismo está intimamente ligada à mágica; seja isso palavra mágica - a palavra concedendo poder sôbre a coisa nomeada; ou mágica manipulativa - a imagem de barro é o inimigo, e ele é morto quando a imagem é perfurada por um alfinete.

Mas é Jean Baudrillard[3], em Tela Total, que nos acutila, no ensaio intitulado "A informação no estágio meteorológico" dizendo-nos que

> [...] há muito tempo que a informação ultrapassou a barreira da verdade para evoluir no hiperespaço do nem verdadeiro nem falso, pois que aí tudo repousa sobre a credibilidade instantânea. Ou, antes, a informação é mais verdadeira que o verdadeiro por ser verdadeira em tempo real. [...] ela está como diz Mandelbrot, no espaço fractal, [...] onde a realidade adapta-se a meras especulações, confunde-se com sondagens, [...] num dumping [...] a fundo perdido.

Pierre Lévy, em "O que é o Virtual" cita, sintomaticamente a Roy Ascott, Prêmio Ars electronica 1995. Este, paradodiando Lord Acton, que teria afirmado que "o Poder corrompe sendo que o Poder Absoluto corrompe absolutamente", dá uma nova versão do Poder, readaptada epistemologicamente, através da releitura do axioma que se traduz na seguinte fórmula: "A realidade virtual corrompe, a realidade absoluta corrompe absolutamente". Sob o "leitmotiv" em tela, Pierre Lévy dá abertura para o seu capítulo introdutório onde começa afirmando textualmente que, [...] um

[1] Russomano, Rosah - Curso de Direito Constitucional - Ed. Freitas Bastos - 1997 - RJ - fls. 138 usque 141;
[2] Schmitt, Carl - Teoria de la Constitución - Editorial Revista de Derecho Privado - Madrid - fls. 183; 3 - Habermas - ürgen - Mudança Estrutural da Esfera Pública - Tempo Brasileiro - 1984 - 75 usque 267; 4 - MacLuhan - Marshall e Quentin Fiore - Os Meios são as Massagens - Record - 1969 - fls 76. 5 - MacLuhan - Marshall e Quentin Fiore - Distribuidora Record - RJ/SP - 1971 - fls. 59;
[3] Baudrillard - Jean - Tela Total - Editora Sulina - Poa/RS - 1997 - fls. 59;

movimento geral de virtualização afeta hoje não apenas a informação e a comunicação, mas também os corpos, o funcionamento econômico, os quadros coletivos da sensibilidade ou o exercício da inteligência [...] atingindo mesmo a constituição do nós [...] comunidades virtuais, empresas virtuais, democracia virtual [...][4].

Serge Tchakhotine, em A Mistificação das Massas pela Propaganda Política, citando Clyde Miller, mapeia, em estudo profundo os mecanismos psico-sociais, os arquétipos atávicos, imersos na psiqué humana que podem, através de palavras e símbolos serem acionados para criarem comportamentos e semearem uma determinada opinião, classificando-os em: a) alavancas de adesão ou aceitação, que são associadas com palavras como democracia, liberdade, justiça...; b) alavancas de rejeição, que tem a função de rejeitar idéias ou pessoas, invocando, por exemplo, guerra, imoral, facismo, etc..; c) alavancas de autoridade e testemunho, que são empregadas como voz da experiência para fazer com que se rejeite ou aceite idéias , bens, hábitos de consumo ou pessoas; d) alavancas de conformização, que através de palavras de ordem, tipo de a união faz a força, geram linhas de ação agregativas ou dissociativas conforme for a necessidade[5].

Este mesmo tipo de preocupação com a opinião pública é manifestado por Tupã Gomes Correa, doutor em comunicações pela Universidade de São Paulo, quando em sua monografia, "Contato Imediato com a Opinião Pública", faz um estudo aprimorado da influência do Quarto Poder, a Imprensa, sobre a opinião pública. Para ele, conforme argumentação esposada ao longo de sua tese, existe uma expropriação e uma exploração da opinião pública que é mistificada[6].

1.2 DA CONSTATAÇÃO DE FATOS:

Poderíamos ficar páginas e páginas discorrendo sobre a literatura existente a este respeito, no entanto urge, discutir sériamente em sociedade este tema palpitante: Imprensa Quarto Poder.

Estão tramitando no Senado 12 projetos com relação a regulamentação dos programas de televisão e com relação a Lei de Imprensa sendo que votação será, em princípio, para março de 1998. Certamente, não há tema de tão vital importância como este pois o Direito Constitucional embora regulamente o Poder Institucional do Estado, não criou mecanismos de preservação do espaço da cidadania no que se refere ao Privado quando se manifesta no Público.

Sim Privado, porque as empresas de jornalismo são pessoas jurídicas de direito privado que atuam na esfera pública por concessão. Controlam um mercado de publicidade que no ano de 1996, estava orçado em U$10,6 bilhões, sendo que sua participação, em termos percentuais no PIB, avançou da faixa de 1,5% em 1995, para 1,8% em 1996. A participação dos jornais nas receitas publicitárias evolui de 35% para 36%. A da revista caiu de 9% para 8% e do rádio de 5% para 4%, sendo que a TV manteve a liderança entre os meios mais procurados pelos anunciantes, seguida pelo jornal, revista, rádio e outdoor.

O Poder da Imprensa manifesta-se também no exercício do espaço da informação sendo que atualmente os Poderes tradicionais sentem-se tolhidos na sua atividade funcional tradicional pela atitude preconcebida e intencional, de certa Imprensa, que manipulando dados molda espaços institucionais como se fosse um oleiro, conformando-os aos seus interesses de empresa em detrimento da sua acepção lídima e prioritária como imprensa, que antecede aquela. Correta é a fiscalização sem peias, o direito de transparência devido ao Povo Soberano.

Incorreta a postura da imprensa, quando ultrapassando os níveis éticos, condiciona e coarta os órgãos do poder que se quedam silentes e medrosos com as consequências da exposição ao sarcasno e ao ridículo. Não estamos aqui para advogar a estatização da imprensa, crime cujos efeitos foram constatados na Rússia e na França; não estamos aqui para advogar seja aplicada uma venda sobre a boca e os olhos da imprensa, mas para que ela seja verdadeiramente livre e não atue a serviço de interesses escusos e que ultrapassam até mesmo as fronteiras do país. Não estamos aqui para tolhermos a liberdade de informação e o exercício profissional vital dos jornalistas, mas para dizer e repetir, que a liberdade do cidadão termina onde começa a dos demais cidadãos.

Asseguremos aos jornalistas, inclusive, um regime análogo aos juízes ou funcionários, que lhes permita liberdade e independência com responsabilidade e que, diretamente nesta proporção, sejam-lhes asseguradas estabilidade no emprego, salários dignos e um regime jurídico diferenciado em razão da sua função altamente diferenciada na Sociedade de hoje.

Queremos deixar bem claro que as funções institucionais do poder tradicional do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, autocontrolam-se mutuamente através do mecanismo de freios e contrapesos (checks and controls). No entanto não há mecanismo institucional disponível, com celeridade democrática, para efetuar o controle da imprensa pela cidadania e ela, a Imprensa, é hoje um Poder, indiscutivelmente, senão o maior entre os outros, o mais letal, nos efeitos que pode gerar com uma conduta antiética.

[4] Lévy - Pierre - O que é o Virtual ? - Editora 34 - 1997 - Sao Paulo - fls.11;
[5] Tchakhotine - Serge - A Mistificação das Massas pela Propaganda Política - Civilização Brasileira - 1967 - fls.101;
[6] Corrêa - Tupã Gomes - Opinião Pública - Global Editora - 1988 - SP - fls. 42;

Reafirmamos que não estamos aqui para pregar a volta às trevas e ao regime autocrático da censura e da permissão concedida; nem estamos aqui para advogar o controle sectário de minorias extremadas que exacerbando o estado de direito democrático, invadem plenários e propriedades; estamos aqui, isto sim, para advogarmos uma situação justa e perfeita e que atenda a Sociedade Civil como um todo.

Estamos cansados de viver hipocritamente engolindo a lingua para não melindrar interesses, negando para nós mesmos, quando a opinião pública, a voz corrente, insinua insistentemente a origem e a ilegitimidade espúrias do poder de governadores e mesmo o de presidentes, que seriam, conforme estas vozes insistentes, urdidos nos bastidores deste invencível Quarto Poder. A maledicência das ruas grita tão forte que diz que existem partidos controlados pela imprensa, através de radialistas.Vox populi, vox Dei ?! Façam um programa tipo: Você Decide, controlado pela Sociedade Civil, e logo teremos, estatisticamente, o número dos que acham ou não que certa Imprensa controla governos e deputados e inclusive adquire patrimônio público utilizando-se deste poder.

Vamos discutir profundamente este problema, começando pela possibilidade de um jornalista ou radialista, que trabalha com a notoriedade explícita, que habita os lares e as mentes dos cidadãos, tenha o direito de candidatar-se a um cargo político sem ao menos um período de desincompatibilização anterior e posterior. Vamos discutir o conteúdo de justiça, a luz da razão, da pretensão legalizada atualmente, de em concomitancia com o cargo eletivo permitir-se a permanência no exercício profissional sem nenhum impedimento ou incompatibilidade.

Os juízes, que certa mídia considera poderosos e quer retirar seus poderes e garantias, diminuindo inclusive suas aposentadorias, estes não podem fazer política, nem se candidatar, não podem possuir sequer outro emprego, com exceção de um outro de professor. Os funcionários públicos, sem aumento há três anos, não podem ser comerciantes, nem podem viajar ao exterior sem autorização, não podendo também serem gerentes de empresas privadas e se quizerem, no mínimo, poderão cumular com um cargo de professor e, mesmo assim, se forem técnicos. Os trabalhadores deste país tem seus direitos flexibilizados cantados em prosa e verso e decantados por certa imprensa marron, pois, aplique-se o princípio da igualdade para todos e flexibilizemos também os flexibilizadores, que vivem flexibilizando os outros mas não querem serem flexibilizados. Vamos usar o verbo em todos os tempos mas também utilizá-lo nas suas relações com todos os pronomes de tratamento.

A todos é evidente que os mais votados são aqueles que tem maior exposição no video ou qualquer um dos meios de informação, sendo que os demais candidatos, normais, não podem nem pintar seu nome na rua, sendo tolhidos violentamente no seu direito de propaganda eleitoral. Evidentemente podemos compulsar estatísticas e constatar que os candidatos da ou na imprensa chegam a fazer até mais de 600.000 votos em algumas eleições, podendo dentro do sistema proporcional, transformarem-se em caciques partidarios. Quem vai falar contra esta situação: As empresas ? Não. Elas receiam comparecer ante a rainha das empresas que certamente consultará seu departamento de marketing e propaganda para ver se elas tem comparecido ao guichê pagando a propaganda de todo o dia, brindando-lhes com uma reportagem in loco sobre o preço de alguma das mercadorias da prateleira. Inevitavelmente estarão expostas a concorrência pois são tantos os ítens em estoque sendo impossível manter toda a lista apta à concorrência. Tudo feito corretamente em nome da Liberdade. Certamente não serão os políticos a falarem. Porquê se falarem não terão a oportunidade de serem entrevistados; perderão o direito de exposição na telinha, de participarem de debates, de reportagens, sendo detectado da mesma forma algum defeito que o mesmo possa ter e, o humano, é tão cheio deles que em breve estará exposto ao opróbrio. Diz o adágio popular: Não atire pedras no vizinho quem possui telhas de vidro.

Assim tudo continua "como dantes no quartel de Abrantes" e aqueles que tiverem seus nomes expostos em público terão, como consolo, de entrar com uma ação ordinária, que demorará anos e que, possívelmente, já com o pé na cova, finalmente, recebam uma ridícula reparação e um canto de página que conteste a manchete de primeira página que lhes tirou a honra. Rasga-se um travesseiro de penas do alto da catedral e vá o infeliz recolhe-las uma a uma, depois do tufão, por todas as tortuosas vielas maledicentes da cidade, do estado e as vezes do país. Ainda assim quantos crimes, lesões e injustiças em nome e sob o manto sempre casto, hoje monopolizado, da deusa Liberdade.

Sim, afirmamos com toda a nossa voz, solidariedade para com a imprensa honesta, isenta, imparcial e saudável, necessária para a democracia, como o ar para os pulmões e o sangue para o coração e ambos para a vida: Censura nunca mais!! Mas também afirmamos: Omissão nunca mais!! Pela razão de que também questionamos o escalonamento das prioridades na inserção das matérias jornalísticas. Podemos ,em suma, dizer que a Imprensa é boa em regra geral, para sermos otimistas, mas que deve ser melhor ainda sendo realmente democrática, isto é, que contemple na medida do possível justo, com equidade, o expectro de toda a Sociedade Civil. Necessitamos um Cade não só para os monopólios das empresas normais, mas também para a imprensa, para que se retire a venda asfixiante dos trusts monopolistas de novelas, de propaganda e programação, que criam a dependência

técnica e econômica e o chamado dumping de programação. Resgatemos a moralidade e o controle de horários. Rompamos o condicionamento musical da camisa de força da mediocridade e da violência que gera e induz uma desestabilização psico-social a olhos vistos submetidos que estamos a imputação mimética de comportamentos, costumes, gostos e alternativas de consumo. Eis a anatomia do estupro do espírito, no dia a dia, através do nosso silencio complacente. Temos aqui uma inversão cinematográfica tupiniquim: Não assistimos ao Povo contra Larry Flint, mas Larry Flint contra o Povo, numa subversão contra Milos Formam e a história real.

O Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o emérito jurista e ex-Ministro cassado do STF, Evandro Lins e Silva, propôs a volta à pauta de um projeto de Lei de Imprensa elaborado por uma comissão da Ordem dos Advogados do Brasil, projeto este que contempla, recuperando a prática que existiu no Brasil até a instauração do regime militar, de os crimes de imprensa serem submetidos a juri popular ou ao escabinato, que seriam juízes representantes da opinião pública, que conforme seu entendimento, seriam mais bem aquinhoados para julgar este tipo de delito.

Para encerrar trazemos nossa contribuição afirmando que, assim como os demais Poderes instituidos ou formais, têm mecanismos de freios e contrapesos entre si, que os controla e fiscaliza mutuamente, possuindo, da mesma forma a cidadania, direito aos remédios constitucionais, tais como habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, etc.., também necessariamente ela, cidadania, deveria estar munida de um remédio constitucional, que não castrasse a Imprensa, mas que a tornasse sumamente mais democrática, através da instituição do Habeas Mídia. Continuaríamos com a Imprensa fiscalizando os demais

Poderes, como ela heróicamente já fez e sempre fará, mas também, reciprocamente, com a possibilidade de ela também ser controlada pelo Povo Soberano, como são os demais Poderes desta República. Sairíamos assim, da chamada Idade Mídia ou da vigente Midiocracia.

"Honny soit qui mal y pense". Brado a quem servir: Vista o capuz !!

1.3 DA SOLUÇÃO JURÍDICA: (DE LEGE FERENDA)

Alvitramos a instituição através de emenda constitucional, nas constituições dos países signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada conforme a Resolução 217 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em dez (10) de dezembro de 1948, componentes do MERCOSUL, notadamente para proteção e asseguramento dos direitos declarados nos seus artigos, XII, XVIII, XIX e XXI , de um novo REMÉDIO CONSTITUCIONAL, que corroborado pelas palavras de Bobbio que conforma o reconhecimento e a proteção, não de um homem abstrato, mas um homem concreto[7] , através da instituição de um mecanismo processual célere e diferenciado.

Rui Barbosa, o célebre e festejado jurista brasileiro prelecionava que os direitos eram declaratórios e as garantias assecuratórias, assim como consequência de sua lição, um direito meramente instituido sem que lhe seja dado, em correspondência, o mecanismo processual, através de um justo e necessário processo legal típico e célere, que assegure aquele direito, transfigura-se numa figura de retórica inócua a adornar a letra morta das leis e tratados.

Nesta razão, a fim de que se consubstancie no bloco da constitucionalidade dos vários estados que compõe o Tratado de Assunção, através do princípio da parametricidade que os vincula por força das normas princípios, através de DECISÃO tomada pelo Conselho do Mercosul, a internalização de norma, na forma de emenda às várias Constituições, de remédio constitucional que possibilite a implementação da defesa célere dos direitos ali instituidos, e os seus análogos constantes em suas constituições,v.g., na constituição brasileira de 1988, art.5º, incisos IV, V, VI, IX e X; os referentes a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em

Bogotá, em 1948, na IX Conferência Internacional Americana, notadamente em seus artgs. III, IV, e V, e ainda os constantes nos artigos 8º, 10º e 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotados e sufragados em nível constitucional pela República Argentina, e adotados também, por Brasil, Paraguai e Uruguai, com base na exposição teórica e dos fatos em epígrafe.

Assim, com base nestas constatações e considerandos acima expostos, sugere DE LEGE FERENDA, o seguinte texto legislativo:

2 DA EMENDA CONSTITUCIONAL

Inciso n' - conceder-se-á habeas mídia, para proteção individual, coletiva ou difusa, das pessoas físicas ou jurídicas, que sofrerem ameaça ou lesão ao seu patrimônio jurídico indisponível, através da mídia, na forma do que for estipulado por lei complementar; parágrafo - Esta emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

[7] Bobbio - Norberto - A Era dos Direitos - Ed. Campus - 1992 - fl. 3;

3 DA LEI COMPLEMENTAR

art. 1º - Conceder-se-á habeas mídia:

a) de forma individual ou coletiva, sempre que, pessoas físicas, sofrerem ou se acharem ameaçadas pela mídia, na sua liberdade de expressão, ou na sua intimidade, vida privada, honra e imagem, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral e a proporcionalidade de resposta no espaço similar utilizado pela mídia para a ofensa;

b) de forma individual ou coletiva, sempre que, pessoas jurídicas, sofrerem ou se acharem ameaçadas pela mídia, na sua liberdade de expressão, sigilo de operação (marca, patentes e fórmulas) ou imagem, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral e a proporcionalidade de resposta no espaço similar utilizado pela mídia para a ofensa;

c) não é requisito a "legitimatio ad processum" sendo suficiente a "legitimatio ad causam", podendo, da mesma forma, o Ministério Público, nas lesões difusas, substituir-se aos titulares da ação na proposição e na sua consecução; d) o júri, comprovado o "periculum in mora" e o "fumus boni iuris", poderá conceder medida cautelar ou liminar, deferida préviamente pelo Juíz, "ad referendum";

art.2º - Os órgãos jurisdicionais competentes serão Júris:

a) No nível municipal, se a lesão ou ameaça restringir-se a esta competência, escabinatos compostos de um membro das escolas de primeiro grau, um membro das escolas de segundo grau, um membro de escola de terceiro grau (se houver), um representante de uma religião, um representante de sociedades recreativas ou clube de serviços, um cidadão de reputação ilibada e de bons costumes, um representante de associações agropecuária, comercial ou industrial, em número total de sete;

b) No nível estadual, se a lesão ou ameaça restringir-se a esta competência, escabinatos compostos... (similar) em nível estadual;

c) No nível federal, se a lesão ou ameaça referir-se a esta competência, escabinatos compostos...(similar) em nível federal;

art.3º - A sentença será prolatada por Juiz Togado designado ou especializado sendo que o representante do Ministério Público estará a tudo presente sob pena de nulidade dos atos;

Parágrafo 1º - As liminares poderão sempre serem concedidas pelo juiz competente, "ad referendum" do Júri.

Art. 4º - Fica vedada a veiculação da violência, como forma de expressão física, psicológica ou sexual, na televisão, no horário das 8:00 hs às 22:00 hs, permitindo-se, no entanto, a notícia de fatos históricos constante do noticiário jornalístico.

Art. 5º - Fica vedada a divulgação e a publicidade de drogas, tais como álcool e tabaco, e outras conforme listas governamentais, no horário das 8:00 hs às 22:00 hs, tanto no rádio como na televisão;

art. 6º - Nenhuma pessoa física ou jurídica ou mesmo grupo econômico de comunicação poderá deter controle de concessão de mais de 49%, dos meios de comunicação, em território estadual ou no nacional;

art. 7º - A divulgação da música , da língua e da expressão cultural do povo, na sua inteira diversidade, deverá ser preservada através da divulgação e garantia de percentuais de 30% por canal de divulgação.

art. 8º - Os índices de audiência de qualquer mídia deverão ter uma relação direta com a elevação cultural, o lazer, e os bons costumes da comunidade;

art. 9º - Agência Nacional Institucional, com características não governamental, fiscalizará o exercício e a aplicação desta lei, servindo como auxiliar externo do Poder Legislativo para monitorar o processo.

art. 10º - É vedada a estatização de qualquer meio de mídia sendo da mesma forma proibida a predominância partidária ou religiosa que contrarie a diversidade democrática, sendo assegurados em quaisquer órgãos fiscalizadores esta diversidade essencial, assim como a proporcionalidade de seus representantes.

art. 11º - Os jornalistas terão um estatuto especial que lhes assegure estabilidade funcional e salários compatíveis e dignos com suas atribuições aliados a um regime securitário e previdenciário especial, sendo considerados agentes de alta relevância na formação da Sociedade, garantindo-se, da mesma forma, sua independência profissional e liberdade de pensamento, dentro da linha programática adotada pelo canal de mídia;

art. 12º - O jornalista que detenha uma função de animador de programa ou, por qualquer meio de mídia, em razão do exercício de sua função obtenha uma condição de notoriedade perante a sua comunidade, caso queira candidatar-se a qualquer cargo eletivo, seja legislativo, judicial ou executivo, terá de desincompatibilizar-se com antecipação de tempo equivalente ao tempo de duração da legislatura do mandato que pretende;

art. 13º - É incompatível a qualquer pessoa física, jurídica ou grupo econômico a cumulação de controle societário majoritário sobre empresas de mídia e a concomitância do controle acionário de empresas de telefonia, seja ela fixa ou móvel ou ainda, a da propriedade e operação de provedores da Internet, na jurisdição estadual ou provincial e ainda na nacional, de forma hegemônica.

Esta lei entra em vigência 45 dias da data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

A SUBJETIVIDADE JURÍDICA E A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DE SOCIEDADE CIVIL GLOBAL PARA A DEFESA DO MEIO AMBIENTE

LEGAL SUBJECTIVITY AND THE IMPORTANCE OF THE CONCEPT OF GLOBAL CIVIL SOCIETY FOR THE DEFENSE OF THE ENVIRONMENT

José Sebastião Fagundes Cunha [1]

A consolidação da Teoria Geral do Direito é fenômeno recente, atrelada ao surgimento e predomínio da sociedade burguesa e do capitalismo, e com ela, a formação de uma subjetividade jurídica. Em tal contexto e diante do desenvolvimento tecnológico, firmou-se a ideia de Sociedade Civil Global ou Transnacional, decorrente da diminuição das distâncias físicas e de comunicação, permitindo a articulação das pessoas e comunidades.

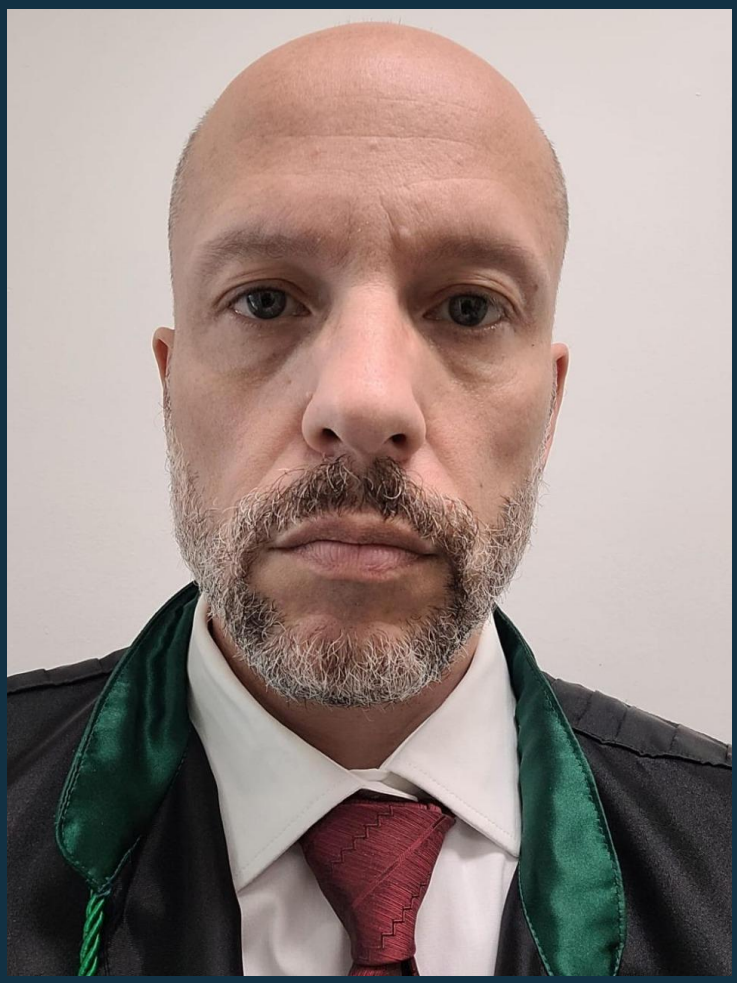
[1] Pós-doutor na Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Secretário da União Ibero-americana de Juízes. Ex-presidente da Junta Eleitoral de Ponta Grossa. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). E-mail: jsfagundescunha@gmail.com; Lattes http://lattes.cnpq.br/1610736588429169; ORCID: 0000-0001-9838-4513.

Márcio Valério Alves da Costa [2]

Questiona-se, no presente trabalho, a respeito da sua possibilidade de atuação em defesa do meio ambiente diante dos atores hegemônicos tradicionais. Em decorrência da natureza sociocultural do objeto do estudo, utilizar-se-á do método empírico-dialético, por meio do procedimento bibliográfico, de abordagem qualitativa. Ao final, chega-se à conclusão da grande importância de sua função em defesa do multiculturalismo e de função contra-hegemônica, em busca da melhora de nossas condições civilizatórias.

Palavras-chave: Subjetividade jurídica; Sociedade Civil Global; Multiculturalismo; Governança global; Meio ambiente.

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Santos sob a orientação do Prof. Dr. Alcindo Fernandes Gonçalves. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ex-Procurador do Município de Cubatão/ SP. Ex-Técnico Judiciário, e atualmente Analista Judiciário- Área Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3812933277864625. ORCID: 0000-0001-7965-3546. E-mail: marcio.valerio@uol.com.br.



Rogério Cangussu Dantas Cachichi [3]

The consolidation of the General Theory of Law is a recent phenomenon, linked to the emergence and predominance of bourgeois society and capitalism, and with it, the formation of a legal subjectivity. In this context and in the face of technological development, the idea of Global or Transnational Civil Society was established, resulting from the reduction of physical and communication distances, allowing the articulation of people and communities.

[3] Doutorando em direito pela Universidade de Marília – Unimar sob orientação do Prof.Dr. Jonathan Barros Vita. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM sob a orientação do Prof.Dr. Lafayette Pozzoli e coorientação do Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa. Graduado em filosofia pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Juiz Federal da Seção Judiciária do Paraná. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8300142260954983. Ocid: 0000-0002-5125-9018; E-mail: rogeriocangussu@gmail.com.

Samara Carmen Miranda [4]

It is questioned, in the present work, about its possibility of acting in defense of the environment in front of the traditional hegemonic actors. Due to the object study's sociocultural nature, the empirical-dialectical method will be used, through the bibliographic procedure, with a qualitative approach. In the end, it comes to the conclusion of the great importance of its function in defense of multiculturalism and of against-hegemonic function, in search of the improvement of our civilizational conditions.

Keywords: Law subjectivity; Global Civil Society; Multiculturalism; Global governance; Environment.

[4] Possui graduação em Direito pelo Cescage. Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná, gabinete do Desembargador Jose Sebastião Fagundes Cunha. E-mail: samaracwb@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico que se acentuou na segunda metade do século XX em escala global, com destaque especial para transportes e comunicação, foi facilitador para a diminuição das distâncias físicas e de interação entre as pessoas nos diversos pontos do planeta.

Tal período também coincide com a estabilização e preponderância de um sistema econômico em escala planetária, o capitalismo, tendo por consequência a formação de uma subjetividade jurídica derivada e preponderante, com a consolidação de uma Teoria do Direito, em um movimento que teve início no século XVIII, com a ascensão da burguesia.

A novidade é a escala em que as interconexões humanas acontecem, a diminuição das distâncias. O acelerado grau de interação humana por todo o planeta, característico de nosso tempo, teve como consequência a estabilização e interligação em escala global dos mais variados segmentos sociais, os quais não podem mais ser concebidos de forma isolada, pois há condições reais de atuação com maior eficácia, mediante a articulação que transcende os limites locais para a defesa de direitos.

Como consequência, vários conceitos clássicos e caros à formação dos Estados, tais como participação popular e soberania, passaram a exigir novos estudos e releituras, em consequência das práticas dos novos atores transnacionais.

Organização social que tal, a extrapolar o âmbito local na defesa dos mais variados interesses, pode ser chamada de Sociedade Civil Global ou Sociedade Civil Transnacional, objeto do presente artigo.

Objetiva-se, com efeito, apresentar em alguma medida, à vista da multiculturalidade e contra-hegemonia dessa Sociedade Civil Global, as dimensões na defesa do meio ambiente, sua importantíssima atuação para a superação das limitações da subjetividade jurídica, dos ditames do mercado e dos interesses nacionais.

Em decorrência da natureza sociocultural do objeto do estudo, utilizar-se-á do método empírico-dialético mediante metodologia de estudo de caso, sem prescindir da análise de textos jurídicos com ênfase em tratados e literatura especializada.

O desenvolvimento será dividido em partes. Primeiro, será tratada a formação da subjetividade jurídica (i), depois a relevância da participação social direta em matéria ambiental (ii). Após o que se poderá adentrar à noção de Sociedade Civil Global ou Sociedade Civil Transnacional (iii), a abrangência e perspectiva deste conceito (iv), culminando com a importância na defesa do meio ambiente na atual configuração global (v).

1 A FORMAÇÃO DA SUBJETIVIDADE JURÍDICA E O PENSAMENTO JURÍDICO CRÍTICO

Recentes estudos da Teoria Geral do Direito, inclusive em Universidades brasileiras, passaram a conceber surgimento desta teoria a partir de uma perspectiva histórica, por meio da qual se acentua o caráter de derivação das relações sociais, distanciando-se da percepção idealista. Conquanto positivado, o direito, enquanto manifestação de poder, encontra-se muito antes nas relações concretas da sociedade capitalista.

Em outras palavras, sendo o capitalismo a forma de organização social preponderante desde o século XVIII, período no qual se consolidaram a Teoria Geral do Direito e as relações contratuais, é natural estruturação de tais arcabouços teóricos a partir das relações sociais dele derivadas.

Em tal sentido, preconiza Mascaro:

> As concretas relações de produção capitalistas geram uma instância de práticas jurídicas, controles e repressões. Embora o jurista argumente que seus institutos surgem de um impulso ético ou moral, na verdade o direito advém de concretas relações sociais. (MASCARO, 2020, p. 5).

Destaca ainda o referido autor:

> Mais do que uma simples tecnicalidade, o conceito de sujeito de direito é uma forma necessária ao tipo de relação social capitalista que foi se forjando com a contínua reprodução da troca de equivalentes. O direito subjetivo, a autonomia da vontade e tantos outros conceitos técnicos do direito moderno surgem como formas reflexas imediatas dessas relações fundamentais do capitalismo. (MASCARO, 2020, p. 5).

Apresenta-se central relevância sobre a crítica da formação da subjetividade jurídica. Apenas mediante a real percepção dos fatores que a informam, bem como do ideário de grande parcela da sociedade, é que será possível maior concretude nas soluções jurídicas, de forma ao menos atenuar os grandes problemas sociais, dentre os quais aqueles relativos ao meio ambiente.

A título ilustrativo, no sentido de que a formação da subjetividade jurídica se afasta de impulsos éticos ou morais, cite-se o exemplo apresentado por Mascaro:

> Durante a história, nunca foi pacífico que todo ser humano fosse um sujeito de direito. No Brasil, até o ano de 1888 havia escravos, e a escravidão estava amparada nas leis e no Estado. Absurdamente, o escravo não era considerado pelo mundo jurídico um sujeito de direito, mesmo sendo um ser humano, a compreensão do conceito de sujeito de direito revela posições sociais concretas e, por detrás da afirmação do

> tema, há uma grande carga ideológica. (MASCARO, 2020, p. 93)

No âmbito do presente trabalho, a crítica à formação da subjetividade jurídica contemporânea, atrelada ao capitalismo, não ignora as incorreções ocorridas nos países de economia planificada, como a União Soviética, os quais permaneceram focados no desenvolvimentismo econômico, sendo ignorado o cuidado com a questão ambiental. Aliás, cumpre ressaltar que foram os ecologistas e não os marxistas, os pioneiros na construção de uma crítica à industrialização desenvolvimentista no século passado.

A atuação em escala global não é novidade. No desenvolver da humanidade, a expansão comercial e relações econômicas decorrentes, em torno da forma mercadoria, sempre se expandiram pelo Planeta, independendo, inclusive, da forma de organização e regime político das nações.

Portugal, por exemplo, foi um dos primeiros países europeus a se unificar como Estado-nação, a fixar suas fronteiras, o que favoreceu para que pudesse dar um passo à frente nesse processo, que seria a busca de riquezas em terras distantes, remontando o descobrimento do Brasil a tal período histórico.

Hodiernamente, bem isso ilustra o notório exemplo das sociedades anônimas transnacionais, das quais a ampliada pela capacidade econômica permitiu o desenvolvimento de tecnologias, especialmente avançadas no campo das redes financeiras e circulação de capitais. Sempre atuaram, todavia, associadas direta ou indiretamente aos governos nacionais, fator este que sofre algum grau de mitigação com os adventos das plataformas digitais, que permitiram atuação mais independente das empresas pelo mundo.

Segundo Ferrajoli, o poder das potências internacionais quer políticas (como EUA e China) quer econômicas (corporações transnacionais) interferem nos governos de outros países, sobretudo no dos emergentes e mais pobres. Em um mundo globalizado, as decisões que impactam em todos os países são tomadas por maiorias ricas e satisfeitas dos países ocidentais (FERRAJOLI, 2005, p. 222).

Resta às pessoas físicas e aos organismos sociais locais a defesa de seus próprios interesses com diversas limitações decorrentes de um sistema legislativo ordinariamente voltado para a proteção da liberdade individual e do patrimônio, encontrando grandes dificuldades de articulação em face de violações perpetradas pelo Estado ou pelo Poder Econômico.

Entre avanços e retrocessos históricos, pautados pelas relações materiais e respectivos grupos com maior força política, foram criados instrumentos legais que permitiram uma atuação mais ativa da sociedade civil, mediante o aprimoramento conceitual acerca dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e pelo incentivo e aprimoramento das ações coletivas de variada natureza.

Em tal contexto, assume relevância a superação dos parâmetros de subjetividade jurídica que marcam a formação da Teoria Geral do Direito, através de uma consciência coletiva voltada para a compreensão do atual estágio de risco da sociedade, o qual é muito bem assinalado em autores como Ulrich Bech, cujos problemas transcendem fronteiras, refugindo ao antigo padrão dos Estados nacionais.

Nesse sentido, as novas tecnologias podem auxiliar na formação de uma consciência coletiva em escala global, com função não-hegemônica, mediante a participação popular direta de cidadãos e comunidades, no maior âmbito possível de decisões, especialmente no que concerne ao meio ambiente.

2 IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL DIRETA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Em relação à participação de cidadãos e comunidades na defesa do meio ambiente, Machado situa a questão no âmbito temporal e do direito, afirmando:

> A participação popular, visando à conservação do meio ambiente, insere-se num quadro mais amplo da participação diante dos interesses difusos e coletivos da sociedade. É uma das notas características da segunda metade do século XX. (MACHADO, 2020, p. 134).

Para Machado, a participação dos indivíduos e das associações, na formulação e na execução da política ambiental, constituiu, nos últimos vinte e cinco anos, nota marcante decorrente de ações reativas da própria sociedade em função das consequências do acentuado processo de industrialização e desenvolvimento econômico em diversas nações do mundo, que marca o momento posterior à Segunda Guerra Mundial (MACHADO, 2020, p. 135).

Em nível internacional, a participação social direta em matéria ambiental está prevista: na Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano de 1972 (item 7 de seu preâmbulo); na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (princípio 10); e por fim, na convenção de Aarhuis sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental de 1998.

Em âmbito brasileiro:

> O Estado de Direito contemporâneo, à luz da Constituição Ecológica de 1988, ao consolidar uma democracia participativa ecológica, pressupõe uma sociedade civil politizada, criativa e protagonista do cenário político estatal,

> reclamando por um cidadão autônomo e participativo, portanto não submisso à máquina estatal e ao poder econômico. (FENSTERSEIFER; SARLET,2020, p. 180).

Apontam Fensterseifer e Sarlet, como se denota, a relevância da cidadania concretamente exercida, o que se relaciona à questão da formação da subjetividade jurídica, em que o progresso de um país, especialmente de capitalismo periférico como o Brasil, depende do grau de consciência, formação e informação concedida aos seus cidadãos, os quais devem submeter-se, de forma crítica, aos ditames econômicos e políticos, os quais caminham, em regra, conjuntamente.

No que é pertinente à participação popular direta na defesa do meio ambiente no Brasil, merece destaque a disposição da Lei nº 6.938/81, que institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), com seus órgãos colegiados integrados pela Sociedade Civil, e especialmente, o art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Em relação ao dispositivo, GRANZIERA indica-lhe a composição:

> [...] duas vertentes para a participação da coletividade: (1) respeitando as normas sobre proteção ambiental e (2) exigindo do Poder Público, por meio da sociedade civil organizada, medidas para solucionar as questões relativas ao meio ambiente, desde a formulação de novas regras, até a atuação efetivados órgãos e entidades de controle ambiental, na luta contra a degradação, a poluição e principalmente a omissão. (GRANZIERA, 2019, p. 58).

É na segunda vertente de participação da coletividade apontada acima por Granziera que está centrado o presente artigo, voltado para a amplitude adquirida pela sociedade civil organizada, a qual passou a transcender dos Estados nacionais os seus limites de influência, através da atuação de agentes não estatais, na busca da tutela de bens de interesse universal, formando as denominadas sociedades civis globais ou transnacionais.

3 CONCEITO DE SOCIEDADE CIVIL GLOBAL

O conceito de sociedade civil global perpassa os limites do Direito, estando imbricado à Ciência Política e ao estudo das Relações Internacionais, pois impacta em antigos conceitos consolidados tais como os de democracia, cidadania ou mesmo de soberania.

Referido conceito está imbricado à própria concepção atual de democracia, a qual há de coadunar não apenas com o exercício da cidadania no plano local, mas também no âmbito regional e global, plano no qual são consideradas as consequências da atuação política, que não mais se reflete apenas no âmbito local em questões relativas ao Meio Ambiente, por exemplo.

E por todos, vale atentar para a lição de Teixeira, para o qual:

> [...] busca-se definir, com a noção de "sociedade civil global", um conjunto de atores heterogêneos que atuam no sistema internacional em torno de alguns valores e da criação de espaços públicos nos quais seja possível debater as políticas desenvolvidas pelos organismos internacionais e reverter as tendências perversas da globalização. (TEIXEIRA, 1999).

A ideia em torno da expressão reflete uma nova forma de articulação social, a qual transcende os limites dos Estados Nacionais, diferindo dos organismos internacionais pela livre forma de constituição, participação, objetivos e estratégias de defesa.

Sua atuação articulada dá-se mediante pressão política para a concretização de demandas na tentativa do convencimento e mobilização da opinião pública em face de ações de países, organizações internacionais e entes privados das mais variadas naturezas.

À guisa de exemplo recente, é lícito mencionar a participação de Organizações Não Governamentais na Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima realizada em *Glasgow* (COP 26), com o escopo de mitigar, adaptar ou reduzir os incidentes que produzem efeitos nas mudanças climáticas.

Em relação à soberania dos estados nacionais:

> [...] é fato que a soberania do Estado está parcialmente desagregada; alguns de seus elementos foram deslocados "para cima", para o âmbito de organismos regionais, internacionais ou globais, e "para baixo", ao nível de atores privados e locais. (COHEN, 2003, p. 423).

O ponto não foi olvidado por Ferrajoli, que parte de uma perspectiva da crise soberania externa dos Estados Nacionais e também crise dos direitos fundamentais no plano internacional para considerar urgente contar o abuso de poder econômico e de poder político das grandes nações e das corporações transnacionais que degradam o meio ambiente e aumentam a desigualdade, e garantir o respeito aos direitos humanos previstos nas Cartas internacionais (FERRAJOLI, 2005, p. 232).

Deveras, as soberanias dos Estados podem ser seriamente afetadas, a depender das manifestações dos referidos entes globais contrariamente às ações de governos, pois os países estão inseridos em um contexto de interdependência política e econômica internacional que afeta não apenas o plano comercial, mas os próprios orçamentos públicos.

Portanto, o surgimento da atuação globalizada de sociedades civis tem a potencialidade de alterar as condições de vida na sociedade, a qual passa ter a possibilidade de reivindicar direitos de forma

articulada, direta, sem intermediários, com livre escolha das pautas de reivindicação, influindo diretamente no pensamento médio da sociedade, de forma a concretizar a realização da atuação pública e privada em concordância com as maiorias.

Tal conceito relaciona-se diretamente ao fenômeno da globalização, que, segundo Beck:

> [...] significa, diante deste quadro, os processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais (BECK, 1999, p. 30).

A atuação dos atores transnacionais e suas interferências cruzadas são perceptíveis através das ONGs, muitas das quais atuam de forma sincronizada em vários países, construindo pautas de atuações com organizações análogas, desfrutando de parcela considerável de poder, mediante atuação direta, quer através de persuasão social ou mediante o uso de mecanismos judiciais ou políticos para a cobrança de ação estatal, em questões com relevância não apenas local.

4 ABRANGÊNCIA E PERSPECTIVA DO CONCEITO

Por tratar-se de conceito em formação, está sujeito a grande variação, em função de aspectos culturais, sociais, de formação política dos povos participantes de determinada "rede" social transnacional. Possui abrangência indeterminada, a qual é impulsionada por arranjos sociais em setores das sociedades nos mais variados países do mundo.

Para alguns a Sociedade Civil Global seria "uma força reformista que desembocará num movimento global, corrigirá as desigualdades inerentes ao sistema de governação global, e atenuará e humanizará a globalização" (KATZ, 2007, p. 1).

Tal ideia, infelizmente, é revestida de otimismo demasiado, na medida em que o processo de globalização ordinariamente caminha pautado pela agenda econômica, a qual, por sua vez, em maior ou menor grau, induz as políticas públicas adotadas pelos Estados Nacionais. Induz não apenas as políticas públicas, mas a própria formação da subjetividade de parte da sociedade, conforme exposto nas linhas iniciais do presente trabalho.

Vislumbra-se duas ideias centrais relacionadas a atuação das sociedades civis em escala global: as relacionadas ao multiculturalismo e a função contra-hegemônica de tais organizações.

Sob a ótica ambiental, o multiculturalismo reforça a ideia de respeito a diversidade cultural dos povos, inclusive os tradicionais e organizações sociais mais antigas como as de origem indígena, mediante a preservação dos costumes de convívio harmônico com o meio ambiente.

Firma-se, em linhas gerais, a ideia refratária a postura impositiva que associa a supremacia econômica à cultural, de forma a uniformizar os padrões de comportamento dos países dominantes, especialmente os situados no norte global.

Como exemplo do acima exposto, pode ser citada a violação de territórios de populações tradicionais, com apagamento do conhecimento acumulado através do convívio harmônico em determinado ecossistema por dezenas de anos, sem qualquer razão lógica que o justifique.

O convívio, respeito e integração dos povos em escala planetária, sem violações impostas por interesses políticos ou meramente econômicos e com prejuízo à natureza, contida na ideia de multiculturalismo aplicado a ecologia, é uma condição importantíssima que pode aflorar das pessoas e comunidades, e em escala universal, através de sua organização através de uma rede global.

E o êxito de tais iniciativas se consubstanciaria no segundo aspecto a ser destacado em relação ao tema, que seria a função contra-hegemônica das sociedades transnacionais.

Conforme Busetti e Henz:

> De fato, diferenças culturais e morais sempre existiram. No entanto, estabelecer-se uma forma de comunicação entre essas diferentes culturais e moralidades constitui-se em um grande desafio, porquanto se mostra indispensável estimular a tolerância e a convivência harmônica de todos os seres, o que passa forçosamente pela compreensão da diferença e do pluralismo, elementos indissociáveis de nossa sociedade (BUSETTI; HENZ, 2014, p. 72).

É a constatação do potencial contra-hegemônico da sociedade civil organizada, em caráter transnacional, com potencial amplo de persuasão social, para atuar no plano do esclarecimento e formação da subjetividade do cidadão, com o objetivo de esclarecer e formar um senso crítico, o qual permita o reconhecimento das origens dos problemas ambientais, responsabilidade de seus verdadeiros causadores, e sobre quais os meios científicos adequados para ao menos minorar os danos causados.

Tal força emergiu da percepção social da existência de problemas ambientais cotidianos, os quais se ampliaram devido as limitações apresentadas pelos Estados Nacionais em grande parte do mundo, cujas promessas de prosperidade desejadas não foram atingidas em sua plenitude, abrindo espaço para o descontentamento com as estruturas formais de organização estatal, abrindo espaço de mobilização política dos movimentos sociais globais.

Observe-se que, em tal contexto, é ainda mais difícil aos governos o processo de conscientização de

vastas camadas da sociedade a respeito dos graves problemas ambientais que se consolidaram, de forma gradativa e com o tempo, como os derivados das mudanças climáticas.

Segundo Katz:

> A hegemonia ao nível global é produzida por um modo dominante de produção que é exportado por estados dominantes e instituições, e que penetra outros estados e instituições; logo, a contra-hegemonia tem que ser constituída por relações sociais internacionais complexas, através das quais as classes sociais nos diferentes países se conectam, formando um bloco histórico contra-hegemônico global. (KATZ, 2007, p. 4.)

O modelo econômico predominante, o qual é exportado pelos países mais desenvolvidos para quase todos os demais, sem meios que permitam tratamento equitativo devido aos diferentes níveis de desenvolvimento econômico, requerem uma atuação conjunta das classes sociais cuja identidade de objetivos se apresente, sendo o campo propicio para a ação das Sociedades Civis Globais.

Observada a multiculturalidade nos objetivos de sua atuação, somada ao caráter contra-hegemônico com o escopo da observância dos interesses das maiorias, tal modelo de organização cumprirá o papel de democratização das decisões e de melhoria das condições de vida das populações em escala global.

Em perspectiva positiva acerca da formação da sociedade civil global, que se coaduna com os objetivos acima afirmados, afirma Rodriguez:

> *De una concepción realista y estructuralista que concebía el poder como un atributo exclusivo del Estado, de acuerdo con su capacidad económica y militar, hemos transitado a una concepción relacional del poder, donde actores no estatales pueden ejercerlo en ciertas situaciones, lo que potencialmente contribuye a la democratización de la política mundial. (RODRIGUEZ, 2012, p. 165)*

A aludida democratização da política mundial, na perspectiva otimista apresentada por Rodriguez, na busca de um meio ambiente adequado, apenas se concretizará quando a discussão seja ampliada para além do campo técnico e econômico.

Deve ter centralidade na discussão as reais as questões sociais nela contidas, pois enquanto não houver um equilíbrio social mais razoável no planeta, com melhor distribuição de renda, a discussão será paliativa e de pouca efetividade.

5 IMPORTÂNCIA DA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Não apenas o homem transcende as fronteiras que estabelece no curso da história. A natureza também é transcendente por sua força e universalidade, formando ecossistemas que perpassam as fronteiras dos países, seja na forma terrestre ou marítima.

A ação humana sobre a natureza gera relações materiais, as quais necessitam de regulação e soluções apropriadas aos desafios dela emanados, o que em tempos de riscos de amplitude transnacional, exigem respostas que muitas vezes ultrapassam o poder de atuação dos atores públicos e privados locais. E, especialmente, do sistema internacional tradicional, fundado na soberania tradicional dos Estados.

Questiona-se, ante o gradativo e permanente agravamento da degradação ambiental em escala global que marca nosso tempo, se os Estados estariam dispostos realmente a atuar de forma eficaz, para ao menos minorar os problemas ambientais? O sistema internacional tradicional realmente é capaz de fornecer os mecanismos necessários para a construção de uma eficiente governança global do clima?

Como resposta aos questionamentos acima, e devido ao crescente nível de conscientização sobre a insustentabilidade da ação da espécie humana no planeta, as sociedades estabeleceram esferas próprias de atuação, passando a perceber que a atuação da opinião pública poderia ocasionar um custo político aos governantes, que transigissem na proteção do meio ambiente.

Em esfera local, cite-se a título de exemplo de tal movimentação social o caso de Cubatão, a respeito do qual relata Ferreira:

> O intenso debate a polêmica incentivada pelos órgãos de comunicação e pela academia em geral, acabaram por sensibilizar alguns setores da população residente no município que, apesar da reação diferenciada, passaram a exigir das autoridades e lideranças locais e governamentais algum tipo de resposta frente à controvérsia em que se viram envolvidos. Os representantes dos partidos, da municipalidade, os dirigentes industriais e sindicais, as Igrejas e lideranças políticas locais foram obrigados – ela criação desta demanda inesperada – a movimentar-se no sentido de responder a uma nova ordem de problemas e a ocupar um espaço político até então abandonado: os problemas decorrentes da saturação dos sistemas naturais. (FERREIRA, 1993, p.13).

No plano da ação jurídica, os problemas ambientais e ecológicos de natureza transnacional exigiram a multiplicação das fontes de direito, com amplitude superior aos limites territoriais dos Estados, o que tem por consequência a mitigação de aspectos de sua soberania jurídica e política, sendo imperativa outras formas de resolução de conflitos.

Nesse aspecto, outra dificuldade encontrada é o fato de que o direito ambiental, diversamente do direito econômico, não possui organizações internacionais voltadas para as questões ambientais

com poder coercitivo sobre os Estados, que descumpram tratados em matéria ambiental.

Em tal contexto, a função contra-hegemônica exerce papel fulcral de uma Sociedade Civil Global, na medida em que o meio ambiente possui caráter universal e intergeracional, o que confere legitimidade às comunidades nos mais variados pontos do planeta para se articularem em atuação conjunta, com o escopo de mitigar o poder econômico e político dos Estados, quanto às decisões que possam representar danos ambientais.

CONCLUSÃO

A defesa do meio ambiente deve ser articulada, de modo a superar os imperativos predominantes de cunho econômico e político, o que pode se dar através do poder coercitivo de influência das sociedades transnacionais.

O uso dos novos instrumentos de comunicação e mobilidade, por uma sociedade civil preparada e conscientizada sobre sua possibilidade de participação para além dos limites locais, pode possibilitar o exercício de uma força contra-hegemônica, através de movimentos sociais em escala global.

É indispensável a conscientização da importância do multiculturalismo em matéria ecológica, pois o aprendizado dos povos originários, suas peculiaridades, constituem fontes seculares de conhecimento acumulado, os quais correm risco de sucumbir, frente aos atores majoritários artífices do desenvolvimento econômico das nações.

Tais valores podem concretizar-se por intermédio do exercício de uma força contra-hegemônica, articulada diretamente no tecido social, a qual atue no efetivo interesse das maiorias, na busca de uma sociedade que tenha consciência das consequências de suas escolhas, da forma de vida escolhida. E que tenha maior sensibilidade, sobretudo, quanto a busca de maior igualdade de condições econômicas, as quais necessariamente, não coincidem com os desideratos da acumulação financeira em escala.

A discussão sobre o meio ambiente deve ser pautada pelas questões materiais que a ensejaram, sendo incompatível com o reconhecimento de meio ambiente equilibrado a desigualdade social.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BUSSETTI, Caroline; HENZ, Bruno Gabriel. Globalização e desperdício de experiências: contribuições de um diálogo multicultural para a proteção da biodiversidade. Direito e marxismo [recurso eletrônico]. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

COHEN, Jean L. Sociedade Civil e Globalização: repensando categorias. Revista de Ciências Sociais, v. 46, n. 3, 2003, p. 419 – 459, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21846301. Acesso em: 5 dez. 2021.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo. Curso de Direito Ambiental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. ¿Democracia sin Estado? *In:* OLVERA, Miguel Alejandro López; SALGADO, David Cienfuegos (coord.). Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política. México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. P. 221-234. Disponível em: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1627-estudios-en-homenaje-a-don-jorge-fernandez-ruiz-derecho-constitucional-y-politica. Acesso em: 23 mai. 2022.

FERREIRA, Lúcia da Costa. Os fantasmas do Vale: qualidades ambientais e cidadania. Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, 1993.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito ambiental. 5. ed. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico Ltda, 2019.

KATZ, Hagai. Gramsci, hegemonia, e as redes da sociedade civil global. REDES- Revista hispana para el análisis de redes sociales v. 12, n. 2, Junio 2007. Tradução: Marta Pedro Varanda.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

MARX, Karl. O Capital: crítica da economia política: 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

MASCARO, Alysson Mascaro. Introdução ao Estudo do Direito. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

RODRIGUEZ, Edwin Cruz. Antinomias y paradojas de la sociedade civil global. Cali. Entramado, v. 8, n. 2, julio-diciembre, 2012. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/2654/265425848010.pdf Acesso em: 4 dez. 2021.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. Participação cidadã na sociedade civil global. Lua Nova: Revista de Cultura e Política 46, 1999. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ln/a/s9KwYHd9mTMKw6Y94xphkBS/?lang=pt#. Acesso em: 6 dez. 2021.

LA CONSTITUCIÓN Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

THE CONSTITUTION AND THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE LEGAL SYSTEM

Manuel Jesús Miranda Canales [1]

La necesidad de conocer, aplicar, difundir, y proteger la Constitución, es de suma importancia, para el desarrollo y plena vigencia del Estado Constitucional de Derecho, que significa un pleno respeto y garantías de los derechos fundamentales, para una vida social, en libertad, paz, y seguridad. El propósito del presente artículo, es contribuir, al conocimiento y difusión de la Constitución, especialmente en la juventud estudiosa y en el ciudadano común, que debe ser un baluarte principal de la defensa del orden constitucional. Asimismo explicar en forma resumida, la importancia de la constitucionalización del derecho y un ejemplo ocurrido en el Tribunal Constitucional Peruano.

Palavras-chave: Constitución; Constitucionalización; Principios; Garantías; Ley; Derecho.

The need to know, apply, disseminate, and protect the Constitution, is of the utmost importance, for the development and full validity of the Constitutional State of Law, which means full respect and guarantees of fundamental rights, for a social life, in freedom. Peace and security. The purpose of this article is to contribute to the knowledge and dissemination of the Constitution, especially in the studious

[1] Ex Presidente del Tribunal Constitucional; juez supremo cesante del Poder Judicial Peruano.

youth and in the common citizen, who must be a main bastion of the defense of the constitutional order. Also explain in summary form, the importance of the constitutionalization of the law and an example that occurred in the Peruvian Constitutional Court.

Keywords: Constitution; Constitutionalization; Principles; Warranties; Law.

1 ¿QUÉ ES LA CONSTITUCIÓN?

En la actualidad existe cierto consenso al considerar que la Constitución es la ley suprema del ordenamiento jurídico de un Estado.

Un pacto político, jurídico, social y económico; un gran acuerdo nacional sobre reglas mínimas de convivencia y desarrollo común.

Se denomina así, por que prevé, organiza, y constituye las normas que rigen las estructuras principales de un país. Conforme a su nombre indica tiene la finalidad de constituir un Estado Nacional, para organizarlo y ponerle límites al poder. Asimismo garantizar la dignidad, seguridad, justicia y paz entre las personas.

2 OBJETIVOS DE LA CONSTITUCIÓN

Los objetivos de la Constitución podrían ser sistematizados de la siguiente manera:

1. Proyectar el bien común en paz y legalidad para el desarrollo integral de las personas en forma individual y social, defendiendo y protegiendo la dignidad humana.

2. Ordenar los principios, valores guías y normas de conducta, deberes, derechos y responsabilidad de cada ciudadano e institución del país, y vigila su cumplimiento.

3. Presentar las bases esenciales para una vida en libertad, democracia, paz y desarrollo, y alternancia en el poder.

4. Preservar la independencia y buen funcionamiento de los Poderes del Estado y de los órganos constitucionales autónomos.

5. Garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de toda persona, grupo social, etnia, región, etc.

6. Proteger el orden, la justicia, la educación, la salud, el trabajo y el medio ambiente.

7. Organizar el ejercicio de los poderes y funciones del Estado orientadas al desarrollo integral y equilibrado de las personas y las instituciones, con pleno respeto a los derechos humanos.

3 ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La mayoría de Constituciones tiene 4 partes.

1. Los derechos y deberes fundamentales de las personas.

Reconoce y ordena los Derechos y Deberes fundamentales de las personas.

2. La organización y división del Estado (Parte Orgánica).

La parte orgánica regula la estructura del Estado; el constitucionalista argentino German Bidart Campos[1] la denominó el "Derecho Constitucional del Poder".

3. Los principios y garantías constitucionales. (Control constitucional).

La Constitución garantiza un estatuto de seguridad y libertad; como garantías fundamenta en los estados constitucionales democráticos.

4. Las reglas para la protección, desarrollo y modificación de la propia Constitución.

La Constitución se debe preservar en el tiempo. Los países desarrollados como Estados Unidos de Norte América, tienen una Constitución con más de 200 años de vigencia.

Los países subdesarrollados, por lo general, constantemente cambian la Constitución, como si fuese la forma de generar el progreso; por ejemplo la República de Haití, ha tenido 22 Constituciones, desde su independencia el 1 de enero de 1804.

Los cambios constitucionales, tienen que hacerse, como lo ordena la Constitución, dentro de la propia Constitución.

4 LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Es un proceso mediante el cual, las normas aplicables de la Constitución Política del Estado, se superponen en casos concretos a los ordenamientos jurídicos, civil, familiar, penal, laboral y todos, para dar solución justa y equitativa a una controversia o incertidumbre jurídica.

Uno de los elementos esenciales del proceso, es reconocer que toda norma constitucional, independientemente de su estructura o de su contenido normativo, es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.

Es posible aplicar en forma directa las normas constitucionales. En el constitucionalismo actual las normas constitucionales – sobre todo los principios generales y las normas auto aplicativas - pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia.

La Constitución puede ser inmediatamente aplicada en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate, no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o por qué la ley sí ofrece una solución, pero, tal vez no adecuada o injusta.

5 EJEMPLO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

El Tribunal Constitucional Peruano, ha tenido un papel fundamental en la constitucionalización del

[1] BIDART CAMPOS, Germán: El derecho constitucional del Poder. Argentina 1967. EDIAR.

derecho. Así lo ha efectuado en el Expediente 02868-2004-PA, en el que declaró que el ius connubii es una potestad fundamental correspondiente al ámbito del derecho al libre desarrollo de la persona.

En dicha sentencia, el Tribunal disgrega los conceptos de familia y de matrimonio como elementos otrora dependientes y explicita que más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados (fundamento jurídico 13). De este modo, la precitada sentencia hace referencia a lo siguiente:

> Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuenta con la protección constitucional que le dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el ius connubii. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él (aunque no únicamente), a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio (fundamento jurídico 14).

Asimismo, en el Expediente 09332-2006-PA el Tribunal Constitucional hace una interpretación más exhaustiva del artículo 4 de la Constitución. En esta sentencia, la discusión se centra en un amparo interpuesto contra el Centro naval del Perú, porque la entidad demandada no otorgó el carné familiar a la hija del demandante, porque ella tenía la condición de hijastra del demandante.

Por tal razón, el Tribunal Constitucional, en tutela de los derechos fundamentales, declaró fundada la demanda, ordenando a la entidad demandada que no debía realizar distinción alguna entre el trato que recibían los hijos matrimoniales del demandante y el trato a hijastra.

Así, el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo estipulado en el artículo 4 de la Constitución, reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad; en virtud de ello, el Estado y la comunidad se ven obligados a prestarle especial protección; en consecuencia, el Tribunal replantea los contenidos conceptuales de familia y matrimonio, a fin de que, bajo interpretaciones diversas, no se trasgredan derechos fundamentales.

Al respecto, resulta importante mencionar el tratamiento de la familia a nivel internacional, la que, también, recibe considerable atención porque está protegida y amparada como derecho humano; así, el "*soft law*" (derecho blando) sostiene que los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho a casarse y a fundar una familia, agregando que ésta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Expuesto lo anterior, y desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, los grandes flujos migratorios del campo a la ciudad, entre otros aspectos. Todo esto ha significado una evolución de la estructura familiar tradicional, en la que ésta, sentaba sus bases esencialmente en una estructura nuclear y bajo la dirección de un pater familias, hacia una figura más abierta, cuya conformación incorpora nuevos conceptos jurídicos sobre la noción de familia. Como consecuencia de ello, se han generado familias con estructuras distintas, como son las surgidas de las uniones de hecho, las mono parentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas.

Conforme se señala en el fundamento jurídico 8 de la precitada sentencia, no existe un acuerdo en doctrina sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja de un varón y una mujer, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa.

Así, en el caso de autos sí se puede afirmar que existe una relación estable, pública y de reconocimiento que determina la oponibilidad de este núcleo familiar al que evidentemente pertenece la hijastra. Empero, la demandada sostiene que la medida impuesta se respaldó en su normatividad interna, sustentada en sus prerrogativas de organizarse. Cabe rescatar, que en ningún modo, las prerrogativas otorgadas a las asociaciones deberán atentar contra otros bienes jurídicos, sobre todo si estos ostentas mayor relevancia, como la constitución de una familia.

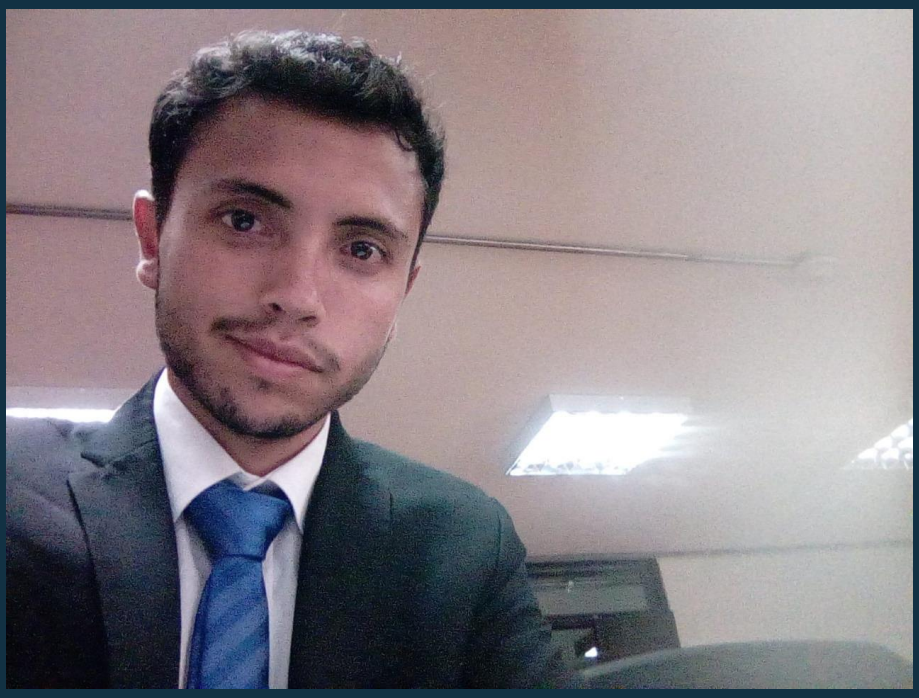
A partir de todo ello, el Tribunal infiere que si bien el matrimonio y la familia son conceptos íntimamente relacionados el uno con el otro, son a su vez diferenciables. No cabe, por tanto, establecer una relación de dependencia entre ambos, debe distinguirse claramente el derecho al matrimonio del derecho a fundar una familia.

Igualmente, el Tribunal Constitucional del Perú, en anterior conformación, (años 2014 al 2022), reconoció a las familias ensambladas en el Exp. Nro. 01204-2017-PA/TC, en el que una persona, fue despedida fraudulentamente, por la empresa en la que trabajaba,

por el hecho de haber declarado como derecho habiente, a su hijastra; y en el Exp. nº 01849-2017-PA/TC en el que en un club social no quería reconocer el ingreso a dicha institución al hijastro del socio activo.

LA ACCIÓN POPULAR EN UN CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

THE POPULAR ACTION IN A COLOMBIAN CONSTITUTIONAL PROCEDURAL CODE



Manuel Alejandro Pérez Vallejo [1]

"La sistematización de las leyes es el primer paso de una población para entenderlas"

"The systematization of laws is the first step for a population to understand them"

La creación de un Código Procesal Constitucional en Colombia podría permitir que la población tuviese un mejor entendimiento del ejercicio de las acciones constitucionales y con ello se proceda a la protección eficaz de sus derechos constitucionales a partir de los principios de seguridad jurídica, eficacia, legalidad y publicidad entre otros. De la misma manera, articulando de manera efectiva el Código Procesal Constitucional pueden existir jueces y tribunales constitucionales en Colombia quienes serían los encargados de conocer de casi todas las acciones constitucionales y no como ocurre actualmente que la competencia se encuentra distribuida entre los jueces civiles, penales, laborales y administrativos, con lo cual permitiría que disminuya ostensiblemente uno de los grandes problemas en el sistema jurídico colombiano, la congestión judicial. Aunque la competencia de la acción popular se encuentre distribuida entre los jueces y tribunales civiles y los jueces y tribunales administrativos, el desarrollo de la acción popular está supeditado a los Códigos Procesales de la respectiva jurisdicción que tenga conocimiento, con lo cual puede confundir al sujeto activo del proceso y así perjudicar ya no sólo su derecho colectivo sino su derecho procesal.

[1] Abogado con estudios en Compliance, Derecho Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial de la Universidad Católica de Colombia, estudiante de la especialización en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la misma casa de estudios, subsecretario de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales y miembro del Instituto Paranense de Direito Processual – IPDP. Correo electrónico: maperez44@ucatolica.edu.com.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Constitucional es una disciplina que tiene su origen en la interpretación del Derecho Procesal General y del Derecho Constitucional, pues es con base en estas dos que se desarrollan las garantías constitucionales y con ello se desenvuelven las competencias de los jueces constitucionales quienes tienen el deber de proteger y defender la supremacía de la Constitución.

El Estado colombiano cuenta con una Constitución Política relativamente reciente (1991), la cual ha buscado brindar garantías de protección eficaces a la población pues esta era víctima de un constante conflicto armado, político y ambiental, debido a la creación de las guerrillas, el auge del narcotráfico, el paramilitarismo y la corrupción.

La mencionada Constitución Política fue creada a través de una Asamblea Nacional Constituyente[1] , teniendo como avances la protección de los derechos fundamentales, colectivos y de medio ambiente, por cuanto se desarrollaron: la acción de tutela (misma acción de amparo en México), la acción popular, la acción de cumplimiento, y se dio origen a la Corte Constitucional como máximo órgano de la jurisdicción constitucional que tiene el deber de interpretar y proteger la Carta Política.

En la Constitución Política colombiana se pueden observar los fundamentos estructurales del Derecho Procesal Constitucional como: i. los procesos constitucionales, ii. Jurisdicción constitucional y iii. Acceso a la jurisdicción constitucional, sin embargo, su desarrollo corresponde a la Ley[2] con lo cual se le otorga un deber al Legislador de regular las materias que sean correspondientes para el desarrollo normativo del Derecho Procesal Constitucional como en su defecto lo sería un Código Procesal Constitucional, esto teniendo en cuenta que en primer lugar se requiere de la existencia de un derecho sustancial, el cual puede observarse claramente en la Constitución Política, y en segundo lugar se debe crear una norma que permita entender cómo aplicar la Constitución Política.

Sin embargo, a pesar de la función que tiene la Corte Constitucional, y que los jueces de la República de Colombia son jueces constitucionales por cuanto se encuentran sometidos al imperio de la Ley[3] (entiéndase al imperio de la Constitución Política) esto no es suficiente para brindar a la población colombiana las garantías que realmente se requieren para proteger sus derechos fundamentales, colectivos o los del medio ambiente, pues actualmente la información sobre el procedimiento de las acciones que protegen los anteriores derechos se encuentran diseminadas en diferentes normas como Decreto 2591 de 1991 (reglamenta la acción de tutela), Ley 472 de 1998 y Ley 1437 de 2011 (reglamenta la acción popular y de grupo) Ley 393 de 1997 (reglamenta la acción de cumplimiento), con lo anterior en la práctica es difícil que un ciudadano del común pueda acudir a los lineamientos de las acciones constitucionales con el objeto de proteger sus derechos sin la necesidad de acudir a un abogado pues acciones como la Tutela y la Popular están diseñadas para que cualquier persona pueda interponerlas.

1 LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UN CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Como se ha mencionado desde la introducción las acciones constitucionales están reglamentadas en diferentes normas y la única ocasión en la que todas confluyeron fue en la enunciación de la Constitución Política, esto ocasiona una dificultad en el ejercicio de las acciones que no requieren de un abogado (derecho de postulación) como en el ejercicio de la acción de tutela o la acción popular, pues los habitantes de las ciudades más retiradas de las capitales y por lo general aquellas de la tercera edad no cuentan con niveles académicos que les permitan comprender qué es una acción constitucional y cómo se aplica.

Entonces con la creación de un Código Procesal Constitucional puede consolidarse una unidad jurídica en el Derecho Procesal Constitucional en el que se genere la diferenciación de los demás Derechos Procesales como penal, civil, laboral o administrativo y con ello brinde una clara identificación en los límites y estructuras de la jurisdicción constitucional[4].

Con la creación del Código Procesal Constitucional en Colombia se podría dar una efectiva aplicación a los principios de seguridad jurídica y de eficacia pues con esto la población colombiana tendría pleno conocimiento de la norma vigente en la actualidad y cómo esta le permite acceder a sus derechos.

Seguridad jurídica: Este principio también se traduce como la certeza que tienen los ciudadanos de

[1] Una Asamblea Nacional Constituyente es un mecanismo de reforma de la Constitución Política que se origina a través del voto popular de la población y con ello se llegan a elegir a los representantes del pueblo (constituyentes) los cuales participan en la creación de la nueva Constitución Política. (Ariza Martínez, s.f.).

[2] VELANDIA CANOSA, Eduardo. Fundamentos Constitucionales de la codificación procesal constitucional. In Eduardo Andrés Velandia Canosa y Luis Eduardo Trujillo. coordenação/La Constitucionalización del ordenamiento jurídico. 2019.

[3] Constitución Política de Colombia. Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial

[4] VELANDIA CANOSA, Eduardo. Codificaciones procesales y el Código Procesal Constitucional Modelo. In Eduardo Andrés Velandia Canosa/ coordenação / Derecho Procesal Constitucional Tomo II Volumen I. 2011.

un determinado país con respecto a las normas y leyes que los gobiernan[5]. Este principio se encuentra intrínsecamente ligado con el de publicidad y legalidad pues a partir de estos es que la ciudadanía tiene la oportunidad de conocer la Ley que lo regula y no genere en la persona una incertidumbre en cuanto a la actividad que pueda desplegar la persona y con esto ocasionar una posible falta en su conducta y/o delito.

Eficacia jurídica: para Norberto Bobbio (2000) la eficacia es la oportunidad de determinar si una norma es cumplida o no por sus destinatarios[6], pues la mera existencia de una norma consecuentemente no significa que vaya a ser cumplida por toda la población, pues tal y como ocurre en el Derecho Penal es necesario que para regular la conducta de las personas exista una prevención general en la que se le indique a los ciudadanos cuáles serían las consecuencias de incumplir una norma, como bien puede ser la restricción de la libertad, la sanción económica o el perdón público.

Ahora bien, el objeto de un Código es integrar en un único cuerpo normativo la sistematización de todos los instrumentos de la Constitución Política, en el que tanto las personas afectadas como los tribunales que decidan sobre la afectación, cuenten con herramientas de sencillo entendimiento para que cualquier persona pueda acudir y que estos procesos puedan ser sencillos y céleres cumpliendo con ello el principio del plazo razonable[7].

El jurista René Moreno Alfonso (2017) citando al profesor Sergio Díaz Ricci indica algunos aspectos que se deben tener en cuenta a la hora de expedir un Código Procesal Constitucional conforme a los siguientes:

> El código permite "sistematizar" los procesos y procedimientos constitucionales para aplicar por los órganos investidos con función jurisdiccional y es una garantía procesal para las personas que reclaman justicia constitucional;
> Permite observar el conjunto de normas como sistema y encontrar de una manera más evidente sus contradicciones o inconvenientes en su aplicación, y permite lograr examinar los ajustes o reformas necesarias para perfeccionar la regulación de las garantías procesales constitucionales;
> Facilita analizar todo el material normativo en contexto y deducir reglas generales para crear nuevas categorías que estén acorde con las actuales concepciones del derecho procesal constitucional[8];

La visión integral de las normas permite encontrar y desarrollar nuevas teorías para la sistematización del derecho procesal constitucional .

Teniendo en cuenta lo anterior un código procesal constitucional permitiría en el territorio colombiano que se encuentren más fácilmente las dificultades en los procesos constitucionales por cuanto se ocasionan problemas al interior de la jurisdicción constitucional debido a que todos los jueces de la república tienen conocimiento de las acciones constitucionales lo cual genera como problemática que exista congestión judicial, pues acciones como la tutela o la popular en muchos juzgados empiezan a congestionar la actividad retrasando la actividad judicial en estos.

2 LA ACCIÓN POPULAR COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN COLOMBIA

La acción popular es un mecanismo jurídico que se ha desarrollado en Colombia desde 1887[9] a partir del Código Civil en el artículo 1005 el cual menciona lo siguiente:

> ARTICULO 1005. <ACCIONES POPULARES O MUNICIPALES>. La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.
> Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costas del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.

Posteriormente a través de la Constitución Política de 1991 el artículo 88 mencionó que las acciones populares serán para la protección de los derechos e intereses colectivos, incluyendo al medio ambiente, tal y como se expresa a continuación:

> ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la

[5] GERENCIE. Seguridad Jurídica. 2022.
[6] Bobbio Norberto. Teoría General del Derecho- Temis. 2000. Bogotá.
[7] DÍAZ RICCI, Sergio. Principios básicos de una codificación procesal constitucional. 2011.
[8] MORENO ALFONSO, René. Aproximación a la codificación procesal constitucional. 2017, p. 33.
[9] El Código Civil de la República de Colombia, tiene su origen a través de la Ley 84 de 1873 el cual era el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, sin embargo con base en la promulgación de la Ley 57 de 1887 todos los Códigos que se encontraban rigiendo para 1887 mantendrían su vigencia, por esta razón se menciona que el Código Civil de Colombia es de 1887.

> salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otrosde similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Cumpliendo lo consagrado en el artículo anterior, el Congreso de la República a través de la Ley 472 de 1998 reguló las acciones populares y de grupo con el objeto de proteger los derechos e intereses colectivos, los cuales estuvieren relacionados con la defensa del patrimonio, del espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moralidad administrativa, el ambiente entre otros.

Teniendo en cuenta el objeto de la presente investigación la definición de la acción popular se encuentra inmersa en el artículo 2 de la Ley 472 de 1998 que menciona lo siguiente:

> ARTICULO 2o. ACCIONES POPULARES. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.
> Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Como se observó anteriormente la acción popular protege diferentes derechos colectivos, los cuales son enunciados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 sin embargo, con objeto de lo relacionado en la investigación a través de los derechos que pueden proteger el medio ambiente se mencionaran sólo aquellos que guarden una intrínseca relación con la protección del mismo:

> ARTICULO 4o. DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; (...); c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; (...); g) La seguridad y salubridad públicas; (...); l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; (...).

El derecho al medio ambiente sano es un derecho de reciente reconocimiento por cuanto no fue sino hasta la conferencia de Estocolmo de 1972 que la humanidad empezó a formularse el interés de la protección del medio ambiente para las generaciones futuras.

Así entonces, el Estado colombiano en cumplimiento del deber de protección para con el medio ambiente, por ser uno de los países con mayor biodiversidad en el planeta tuvo en cuenta en la Constitución Política un mecanismo de protección para el medio ambiente de manera eficaz.

La Corte Constitucional a través de la sentencia T 411 de 1992 indicó que la Constitución colombiana es una "Constitución ecológica, verde o ambiental" por cuanto los artículos 8°, 79 y 80 de la Carta Política hacen mención al interés del Estado en proteger el medio ambiente, así como en proteger a la población brindando un medio ambiente sano en el cual puedan vivir dignamente[10].

Ahora es tan relevante que se mencione el artículo 8° de la Constitución Política porque este taxativamente nos indica que es una obligación del Estado y de las personas (ya sean naturales o jurídicas) proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. En diversos eventos electorales, o de debate político se ha tratado el tema de la protección al medio ambiente como una idea de política pública, sin embargo, el que se encuentre mencionado en la Constitución Política un deber tan elemental, permite comprender que nadie puede evitar cumplir con un mandato constitucional y con ello exige que las actividades que se lleven a cabo en el Estado estén acorde a la protección de las riquezas culturales y naturales.

A pesar que en Colombia existe una acción que pretende la protección del medio ambiente, también existen más de 130 normas[11], entre las que se encuentran reglamentos, leyes, convenios, protocolos, entre otros que permiten comprender cuáles son los límites en la afectación al medio ambiente y cuáles son sus repercusiones, se continúan ocasionando afectaciones al medio ambiente, en algunos casos a través de la legalidad, como cuando existe el riesgo que un árbol caiga en una vía pública o en una vivienda, o como cuando se construye una vía, pero también existe la afectación al medio ambiente a través de la ilegalidad, la cual es la más común.

Debido a que el Estado colombiano tiene grandes reservas de carbón y oro, la minería ilegal utiliza de manera desproporcionada los recursos

[10] PERÉZ VALLEJO, Manuel, CUBIDES CÁRDENAS, Jaime y FAJARDO RICO, Antonio. La humanidad a favor o en contra de la protección al medio ambiente. 2018.

[11] bidem

hídricos, con lo cual se empieza a afectar el medio ambiente[12]

3 LA ACCIÓN POPULAR EN UN CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Como se observó anteriormente la acción popular se encuentra regulada en la Ley 472 de 1998, sin embargo, esta acción constitucional debe su procedimiento frente a la jurisdicción en la que se encuentre, así entonces si la acción popular se interpone contra una entidad privada, serán los jueces civiles del circuito los competentes para conocer de la acción, y por el contrario si se interpone una acción popular contra una entidad pública será de competencia de los jueces administrativos[13], tal y como lo señala el numeral 7° del artículo 20 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) y el artículo 15 de la Ley 472 de 1998.

> ARTÍCULO 20. COMPETENCIA DE LOS JUECES CIVILES DEL CIRCUITO EN PRIMERA INSTANCIA. Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 7. De las acciones populares y de grupo no atribuidas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
>
> ARTICULO 15. JURISDICCION. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia.
> En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

En caso de que se profiera el Código Procesal Constitucional esta limitante de competencias, no sería problemática para aquellos sujetos interesados en la protección de los derechos de interés colectivo a través de la acción popular, sino que sería un juez o Tribunal de la jurisdicción constitucional el encargado de dirimir el conflicto que se suscitaría y con ello no sería necesario que un particular tenga que congestionar el sistema jurídico y muy posiblemente equivocarse de juez competente para resolver el asunto.

El hecho que el procedimiento de la acción popular dependa del juez que sea competente ocasiona una mixtura en los procedimientos pues el sistema de un proceso ante un juez civil es distinto al de un juez administrativo por cuanto en primer lugar las etapas procesales distan en términos y con ello pueden confundir tanto al particular que no ejerció su derecho de postulación como al profesional jurídico que como es una persona es propenso a equivocarse.

Otro de los problemas que aqueja actualmente a la acción popular es que a diferencia de la acción de tutela, esta no cuenta con una revisión eventual de la Corte Constitucional, pues el juez de segunda instancia en caso de la jurisdicción ordinaria especializada civil será el Tribunal Civil, mientras que si es en la jurisdicción contencioso administrativa será el Tribunal Administrativo, con esto la acción popular no ha obtenido avances significativos en la protección de los derechos de los colombianos, como sí lo ha sido la acción de tutela.

Por lo anterior, los problemas de la acción popular sin estar en un Código Procesal Constitucional se resumen a que las normas que regulan su procedimiento están diseminadas en al menos tres leyes, que su ejercicio depende de la jurisdicción en la que se encuentre, así como que la Corte Constitucional no desarrolla una revisión eventual de las decisiones que se tomen en primera y en segunda instancia, por lo tanto para brindar mejores garantías a la población colombiana y con ello interpongan la acción popular de manera efectiva es necesario que resuelvan estas problemáticas a través de un Código Procesal Constitucional.

CONCLUSIONES

La sociedad constantemente está cambiando o evolucionando, pues el avance en la tecnología y la academia, la sobrepoblación, la crisis económica, el cambio climático, entre otras, exigen que las normas se encuentren a la vanguardia, por esta razón es necesario crear instrumentos jurídicos que permitan una mejor organización de la sociedad para que con ello sea posible anticiparse a las problemáticas que afecten a la Nación.

La creación de un Código Procesal Constitucional en Colombia podría permitir que la población tuviese un mejor entendimiento del ejercicio de las acciones constitucionales y con ello se proceda a la protección eficaz de sus derechos constitucionales a partir de los principios de seguridad jurídica, eficacia, legalidad y publicidad entre otros.

De la misma manera, articulando de manera efectiva el Código Procesal Constitucional pueden existir jueces y tribunales constitucionales en Colombia quienes serían los encargados de conocer de casi todas las acciones constitucionales y no como ocurre actualmente que la competencia se encuentra distribuida entre los jueces civiles, penales, laborales y administrativos, con lo cual permitiría que disminuya ostensiblemente uno de los grandes problemas en el sistema jurídico colombiano, la congestión judicial.

Aunque la competencia de la acción popular se encuentre distribuida entre los jueces y tribunales

[12] PÉREZ VALLEJO, Manuel, BARRETO CIFUENTES, Paula, CUBIDES CÁRDENAS, Jaime. (2018).

[13] GUERRA FUENTES, Jorge Iván, Una mirada crítica desde la práctica al derecho constitucional colombiano. 2019, p. 633.

civiles y los jueces y tribunales administrativos, el desarrollo de la acción popular está supeditado a los Códigos Procesales de la respectiva jurisdicción que tenga conocimiento, con lo cual puede confundir al sujeto activo del proceso y así perjudicar ya no sólo su derecho colectivo sino su derecho procesal.

REFERENCIAS

ARIZA MARTÍNEZ, Juan Sebastián. Asamblea Nacional Constituyente – Archivo. Banco de la República de Colombia. S.f. Recuperado de: https://www.banrepcultural.org/coleccion-bibliografica/especiales/asamblea-nacional-constituyente-archivo

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá: Temis, 2000.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 84, de 1873. Artículo 1005. DO: 2.867 del 31 de marzo de 1873. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr031.html#1005

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1564, de 2012. Artículo 20. DO: 48.489 del 12 de julio de 2012. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#25

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 472, de 1998. DO: 43.357 del 6 de agosto de 1998. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 88. Gaceta Constitucional 116, del 20 de julio de 1991. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr007.html#88.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 230. Gaceta Constitucional 116, del 20 de julio de 1991. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr007.html#230.

DÍAZ RICCI, Sergio. Principios básicos de una codificación procesal constitucional. 2011. In: Derecho Procesal Constitucional Tomo II, Volumen I, 2011, p. 81 - 81

GERENCIE. Seguridad Jurídica. 2022. Recuperado de: https://www.gerencie.com/seguridad-juridica.html.

GUERRA FUENTES, Jorge Iván, Una mirada crítica desde la práctica al derecho constitucional colombiano. In La Constitucionalización del ordenamiento jurídico. 2019.

MORENO ALFONSO, René. Aproximación a la codificación procesal constitucional. Ediciones Nueva Jurídica. 2017.

MORENO ALFONSO, René. Avances y retos del derecho procesal constitucional. Ámbito Jurídico, 13 de marzo de 2019. Recuperado de: https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/procesal-y-disciplinario/avances-y-retos-del-derecho-procesal-constitucional#:~:text=El%20Derecho%20Procesal%20Constitucional%20(DPC,y%20los%20derechos%20que%20tienen.

PÉREZ VALLEJO, Manuel Alejandro. BARRETO CIFUENTES, Paula. CUBIDES CÁRDENAS, Jaime. La acción de tutela como respuesta al deterioro al medio ambiente por el conflicto armado interno colombiano. *In*: Conflicto armado interno en Colombia: Análisis Jurídico de protección a las víctimas y del medio ambiente. Escuela Superior de Guerra, 2018. Recuperado de: https://esdeguelibros.edu.co/index.php/editorial/catalog/view/22/19/156-1.

PÉREZ VALLEJO, Manuel Alejandro; CUBIDES CÁRDENAS, Jaime; FAJARDO RICO, Antonio. La humanidad a favor o en contra de la protección al medio ambiente. In: Cuestiones Dialécticas en Torno a los Derechos Humanos y la Paz: Textos seleccionados para grupos de trabajo – Bogotá-2018. Instituto Memória Centro de Estudos da Contemporaneidade. 2019.

VELANDIA CANOSA, Eduardo. Codificaciones procesales y el Código Procesal Constitucional Modelo. *In:* Derecho Procesal Constitucional, volumen I. 2011.

VELANDIA CANOSA, Eduardo. Fundamentos Constitucionales de la codificación procesal constitucional. *In:* La Constitucionalización del ordenamiento jurídico. 2019.

SEGURANÇA JURÍDICA E OS REQUISITOS ESSENCIAIS À CONCESSÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS FUNDADAS NO PODER GERAL DE COERÇÃO: NECESSIDADE E PERTINÊNCIA

LEGAL SECURITY AND ESSENTIAL REQUIREMENTS FOR THE GRANTING OF ATYPICAL MEASURES BASED ON THE GENERAL POWER OF COERCTION: NECESSITY AND RELEVANCE

Olavo de Oliveira Neto[1]

Na atualidade já se tornou desnecessária a consulta a um experiente jurisconsulto para saber se o sistema judiciário proporciona ou não segurança aos seus usuários. Tornou-se fato incontroverso, portanto isento da necessidade de comprovação por qualquer meio de prova, a ideia de que o Poder Judiciário não tem produzido decisões uniformes na exata medida que a sociedade a qual ele serve exige. Daí as imensas críticas que têm sofrido todos os seus integrantes, desde os ministros do Supremo Tribunal Federal até o mais novo juiz substituto do País. Afinal, além da necessária agilidade na prestação da tutela jurisdicional, exigência naturalmente decorrente do momento tecnológico que vivenciamos e dos valores sociais dele decorrentes, em especial a rapidez, uma das qualidades que mais se espera da decisão judicial é a de que ela não seja desajustada do seu momento histórico, do seu contexto social e do sistema jurídico. Só assim essa decisão estaria próxima a alcançar aquele tão discutido e sempre perseguido ideal que é a Justiça no caso concreto.

Palavras-chave: Segurança Jurídica; Medidas Atípicas; Coerção, Necessidade; Pertinência.

[1] Livre-docente, Doutor e Mestre pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Università degli Studi di Milano. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUCSP, do COGEAE, da Escola Paulista da Magistratura e de inúmeros cursos de especialização. Professor Efetivo da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Ex-professor do programa de doutorado, mestrado, especialização e graduação da ITE-Bauru. Membro do IBDP e do CEAPRO. Vencedor do Prêmio "Professor Nota 10" de 1998. Ex-Procurador do Estado e ex-Promotor de Justiça, ambos no Estado de São Paulo. Magistrado aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Advogado e consultor jurídico. E-mail: olavodeoliveiraneto01@gmail.com.

Currently, it has become unnecessary to consult an experienced jurisconsult to find out whether or not the judiciary system provides security to its users. The idea that the Judiciary Power has not produced uniform decisions in the exact measure that the society it serves requires has become an uncontroversial fact, therefore exempt from the need for proof by any means of proof. Hence the immense criticism that all its members have suffered, from the ministers of the Federal Supreme Court to the country's newest substitute judge. After all, in addition to the necessary agility in the provision of judicial protection, a requirement naturally arising from the technological moment we are experiencing and the social values resulting from it, especially speed, one of the qualities that is most expected from the judicial decision is that it is not inappropriate. its historical moment, its social context and the legal system. Only in this way would this decision be close to reaching that much-discussed and always pursued ideal that is Justice in the specific case.

Keywords: Legal Security; Atypical Measures; Coercion, Necessity; Relevance.

INTRODUÇÃO

Passados mais de sete anos da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil ainda se verifica, no dia a dia forense, seja por parte dos julgadores seja por parte dos advogados, uma enorme insegurança quanto aos requisitos necessários à concessão das medidas coercitivas atípicas. O mesmo se vê na doutrina, que aponta para inúmeros caminhos, mas que ainda não foi capaz de apresentar um entendimento que possa ser ao menos chamado de preponderante.

Isso se dá, em nosso sentir, por conta da acirrada discussão entre aqueles que são totalmente a favor da aplicação das medidas coercitivas e aqueles que são totalmente contra a sua utilização, bem como em razão da urgência que decorre da necessidade de solucionar casos concretos, sem a necessária maturação do tema. O que se vê não é o estabelecimento dos requisitos necessários à concessão de uma medida executiva atípica fundada no poder geral de coerção, positivado pelo art. 139, IV, do CPC, mas sim a apresentação de uma série de situações nas quais tais medidas não podem ser concedidas, como se dá, por exemplo, com a falsa afirmação de que antes da concessão do provimento há necessidade de esgotar todas as vias executivas típicas.

A instabilidade deste contexto acaba por gerar, por obvio, uma enorme insegurança para todos os que pretendem se valer de tais tipos de medidas executivas, bem como para os julgadores que se deparam com a necessidade de aferir se é ou não o caso de concedê-las numa hipótese concreta, submetida ao seu julgamento.

Nada obstante, se ainda na vigência do CPC de 1973, sob o olhar de zombeteira soberba de alguns, tivemos a oportunidade de registrar posição que já sustentávamos há muito, no sentido de ser possível a aplicação de medidas coercitivas na tutela executiva, seja contra o particular (no ano de 2005)[1] seja contra o Poder Público (no ano de 2007)[2], agora o sistema jurídico vigente não deixa margem para dúvidas quanto à possibilidade de aplicação de tais medidas, restando definir os parâmetros adequados para o seu emprego em cada caso concreto.

O foco deste trabalho, portanto, consiste em fixar requisitos objetivos para a concessão das medidas coercitivas atípicas, pois a omissão legal a tal respeito implica em deixar ao prudente critério do juiz a sua aplicação, o que aumenta sobremaneira as formas de tratar e de aplicar a coerção, gerando uma insegurança jurídica que não se quer e que, por se tratar de tutela executiva, realizada mediante o uso da força, não se pode admitir.

1 SEGURANÇA JURÍDICA[3]

Na atualidade já se tornou desnecessária a consulta a um experiente jurisconsulto para saber se o

---

[1] OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Novas perspectivas da execução civil – Cumprimento de sentença.* In SHIMURA, Sérgio, NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). *Execução no processo civil – Novidades & tendências.* São Paulo: Método, 2005. p. 196-197. *"Talvez fosse conveniente, por isso, estabelecer algumas restrições de direitos para o caso do não cumprimento da sentença, assim como também poderia acontecer no caso da execução frustrada. Sendo a nossa execução eminentemente patrimonial, sem a possibilidade de execução pessoal, que foi abandonada a partir da segunda fase de execução romana, não é possível que a atividade executiva venha a atingir a pessoa do devedor. Entretanto, como acontece no caso das obrigações de fazer e não fazer (Art. 461) e das obrigações de dar coisa certa e incerta (Art. 461-A), seria possível conceber outras medidas de execução indireta com a finalidade de obter a satisfação da obrigação. Estabelecer algumas formas de restrição na esfera de direitos do devedor, como a suspensão de licença para conduzir veículos automotores, em nosso entender, tornariam bem mais eficaz a atividade executiva.".*

[2] OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Os meios executivos e a real efetividade das ações afirmativas.* In ASSIS, Araken de *et all* (Coord.). *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim.* São Paulo: RT, 2007. p. 741. *"08. As técnicas da execução lato sensu e mandamental, que se aplicam mediante a utilização de medidas de apoio, podem sofrer redução de eficácia por inúmeras razões, como o emprego de exagerada burocracia em casos onde a urgência exige o pronto atendimento de necessidade da pessoa portadora de deficiência física ou mental; a falta de uma logística adequada, por parte do Estado, para implementar imediatamente a ordem judicial; a má vontade dos agentes públicos, que veem alguns benefícios como um privilégio e não como a implementação de uma política de inclusão social; e, principalmente, o fato de que não é o agente público que sofrerá diretamente as conseqüências práticas da medida, mas sim o Estado, que para exercitar regresso contra seu agente possui a via não eficaz do ressarcimento. 09. No desiderato de dotar tais medidas da força necessária à obtenção da verdadeira efetividade da ordem emanada da ação afirmativa individual, torna-se necessário aplicar medidas diversas daquelas normalmente utilizadas, como a multa contra o agente público, a intervenção judicial na pessoa jurídica de direito público ou a suspensão temporária de direitos, como a suspensão da carteira de habilitação, da possibilidade de retirar passaporte, da possibilidade de se inscrever e de prestar concurso público, de participar de loterias oficiais, além de outras medidas que possam atingir diretamente o agente, caso a ordem judicial não seja implementada.".*

[3] Conteúdo e texto parcialmente coincidentes com o constante em OLIVEIRA NETO, Olavo de. *O respeito à forma, como coadjuvante da doutrina dos precedentes, na obtenção de segurança jurídica.* In: *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil.* São Paulo: Malheiros, 2013. p. 625-646.

sistema judiciário proporciona ou não segurança aos seus usuários. Tornou-se fato incontroverso, portanto isento da necessidade de comprovação por qualquer meio de prova, a ideia de que o Poder Judiciário não tem produzido decisões uniformes na exata medida que a sociedade a qual ele serve exige. Daí as imensas críticas que têm sofrido todos os seus integrantes, desde os ministros do Supremo Tribunal Federal até o mais novo juiz substituto do País. Afinal, além da necessária agilidade na prestação da tutela jurisdicional, exigência naturalmente decorrente do momento tecnológico que vivenciamos e dos valores sociais dele decorrentes, em especial a rapidez, uma das qualidades que mais se espera da decisão judicial é a de que ela não seja desajustada do seu momento histórico, do seu contexto social e do sistema jurídico. Só assim essa decisão estaria próxima a alcançar aquele tão discutido e sempre perseguido ideal que é a Justiça no caso concreto.

Essa insatisfação com a magistratura e com as suas decisões não é situação inédita, na medida em que vários foram os momentos históricos nos quais se pôde observar tal descontentamento. Nos anos que precederam a Revolução Francesa (1789 d.C.), por exemplo, como lembra Luiz Guilherme Marinoni[4], o cargo de magistrado era comprado ou herdado, sendo utilizado por seus detentores de forma a manter a situação de poder então existente, em benefício próprio e das classes dominantes. Para por termo a essa situação a atuação da magistratura foi limitada - pelos ideais da revolução - unicamente à declaração daquilo que a lei previa como solução para o caso concreto, representada pela conhecida ideia de que o magistrado nada mais é do que a boca que pronuncia as palavras da lei (juge bouche de la loi). Com a adoção desse mecanismo estava eliminada toda a possibilidade de criação por parte do magistrado e alcançada a tão desejada segurança jurídica[5].

A ideia da submissão absoluta do magistrado à lei, tendo a decisão judicial natureza meramente declaratória do direito, em oposição à existência de uma função criadora do direito, foi bastante difundida pelos povos e por muito tempo foi tida como suficiente para tranquilizar os usuários dos serviços judiciários[6]. Afinal, como obtempera Luiz Guilherme Marinoni, pensava-se à época que "... manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica."[7].

Nada obstante, os tempos mudam e os valores sociais também, o que implica na necessidade de mudança também em todas as estruturas existentes na sociedade. Aquela forma de Estado conhecida por Estado liberal ou reativo, parâmetro aceito como política e socialmente correto na época da Revolução Francesa, isso para fazer frente aos ideais pregados pela revolução socialista, acabou por ceder lugar a um Estado Social ou ativo, no qual se procura dar concretude a um programa social que efetive os direitos dos súditos do Estado, dando-lhe

---

[4] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: RT, 2010. p. 52-53. Nas palavras do autor: *"Antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais. Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o* status quo *e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para "julgar".*

[5] ARRUDA ALVIM, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória.* São Paulo: RT, 2008. p. 24. *"... com a Revolução Francesa, o centro de legitimação do poder transferiu-se para a vontade do povo. [...] como pressuposto teórico a necessidade de submissão dos juízes à lei.".*

[6] COUTURE, Eduardo J. . *Introdução ao estudo do processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 58-59. Segundo boa parte da doutrina, como lembra o autor ao discorrer sobre a polêmica existente sobre o tema, *"O juiz é um homem que se move dentro do direito como o prisioneiro dentro do seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem. [...] O juiz é uma partícula de substância humana que vive e se move dentro do processo. E se essa partícula de substância humana tem dignidade e hierarquia espiritual, o direito tem dignidade e hierarquia espiritual. Mas se o juiz, como homem, cede as suas debilidades, o direito cederá em sua última e definitiva revelação. [...] Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e um momento histórico determinado, o que valham os juízes como homens. O dia que os juízes tiverem medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo.".*

[7] MARINONI, p. 62.

uma condição de vida mais digna e Justa [8].

Dentre nós, embora as cartas constitucionais anteriores tratassem de alguns princípios e apresentassem algumas disposições de ordem processual, em especial quanto à composição de Tribunais e ações constitucionais, foi a atual Constituição, chamada de Constituição Cidadã, que optando pelo modelo do Estado Ativo positivou em larga escala os direitos humanos, tornando-os direitos fundamentais inerentes a efetiva implementação do Estado Democrático de Direitos. Além disso, para garantir a efetividade desses direitos fundamentais, acabou por ser necessário trazer também para o bojo da Constituição normas capazes de garanti-los, na sua maioria normas de caráter processual, o que tomou a denominação de constitucionalização do processo civil. Com isso criou-se um sistema de princípios e regras que, por sua vez, deu ensejo ao fenômeno conhecido por Modelo Constitucional do Processo.

Em outros termos, a carta Magna institui os parâmetros que vão moldar o processo, assim como a estrutura do alicerce determina o espaço físico da construção. A relação que se estabelece entre esse novo modelo, baseado na Constituição, com todo o restante do sistema processual, pode ser ilustrada com o exemplo utilizado por Adriano De Cupis, que ao relacionar os direitos da personalidade com as demais espécies de direitos que lhe são afins, afirma:

> "A personalidade se não identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto. " [...] "No que diz respeito particularmente aos direitos, tem-se socorrido à imagem da ossatura, que aliás se pode aplicar igualmente as obrigações: a personalidade seria uma ossatura destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir a ossatura." [9]

Percebe-se, portanto, que o paradigma do magistrado exercendo mera função de bouche de la loi não é mais adequado a nossa atual realidade[10], já que a função de implementar os ideais do Estado Democrático de Direitos obriga o julgador a interpretar e aplicar um sistema de regras que não são em nada rígidas, mas pródigas em conceitos imprecisos e abertos, denominados de conceitos vagos ou conceitos fluídos[11]. Força-se um novo perfil para o julgador, no qual deverá lançar mão de critérios axiológicos, preenchendo o conteúdo da norma antes de aplicá-la. É o que acontece, por exemplo, quando o magistrado se depara com a necessidade de aferir qual é o significado de 'função social da propriedade' ou a 'função social da posse', no momento em que profere a sua decisão.

Também a legislação infraconstitucional renovada, como o Código Civil e o Código de Processo Civil, seguiu esta tendência de apresentar cada vez mais conceitos fluídos e que precisam ser definidos no momento da decisão judicial, sempre diante do caso concreto. É o que acontece, por exemplo, com os embargos manifestamente protelatórios, previstos no art. 918, III, do CPC; e, com o abuso da personalidade jurídica em razão de desvio de finalidade, previsto no art. 50, do Código Civil.

Essa profusão de momentos em que o magistrado é forçado a realizar um juízo axiológico, preenchendo o conteúdo dos conceitos vagos diante do caso concreto, embora tenha a virtude de aproximar a decisão do conceito de "justiça no caso concreto", potencializando a efetividade do processo; tem o defeito de propiciar uma gama infindável de

---

[8] LOPES FILHO, Juraci Mourão. *A administração da Justiça no Estado Social.* In *Constituição e democracia. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho.* Coord. BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gérson Marques de, BEDÊ, Faygá Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 364. *"... a opção do Constituinte originário por um Estado social impõe ao Judiciário um dever de – assim como os demais poderes públicos – efetivar e fomentar as metas sociais erigidas na Constituição.".* p. 375. Enquanto no Estado Liberal (reativo) *"aplicar sempre a lei é elevado à condição quase que de* dogma. A própria Constituição é tomada como uma lei, cujo diferencial estaria em organizar ela o próprio Estado e estabelecer os limites individuais que este não poderia ultrapassar. O método, portanto, de aplicar e interpretar não difere daqueles válidos para qualquer lei."; no Estado social (ativo) "A administração da justiça é apenas mais uma oportunidade de se efetivar os programas estatais. Consequentemente, a exigência de uma ação de uma parte requerendo ao Estado uma solução para seu conflito é algo incongruente com o Estado ativo. Há uma inversão no modo de entender as coisas: o juiz deve atuar a lei entre as partes, mas principalmente realizar um escopo político segundo as circunstâncias do caso.".

[9] DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961. p. 15.

[10] MARINONI, p. 87-88. Na concepção do autor: "De qualquer forma, o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei.".

[11] BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual. 3ª e.. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 113. "O que é necessário destacar é que se o paradigma de produção do ordenamento jurídico na atualizada é diverso daquele sob o qual todo o sistema processual civil, no sentido de sistema em que foi construído todo o arcabouço científico do direito processual civil, foi concebido e se desenvolveu, novas formas de apreciação desta legalidade devem ser concebidas.".

possibilidades de decisões, isso porque os valores de cada indivíduo são diversos, sendo diversas por isso as soluções que podem ser aplicadas a cada hipótese, gerando insegurança para as partes e desprestígio para a atividade jurisdicional[12].

Se a solução buscada já não se funda apenas na "precisa letra da lei", então quem vai a juízo corre o risco de ter uma interpretação judicial diversa daquela que deu ao problema e, por isso, de ter uma solução que não seja aquela que previu antes de propor determinada demanda. Afinal, como bem asseverou Teresa Arruda Alvim em palestra sobre a "Segurança jurídica no projeto do novo Código de Processo Civil": "...a lei admite várias interpretações, inclusive para o juiz, ..." [13]; o torna ainda mais precária a possibilidade do autor prever qual será a solução dada a controvérsia que levou à juízo[14].

Conclui-se, portanto, que a adoção cada vez maior de conceitos fluídos na construção das regras jurídicas, impondo-se ao magistrado seu preenchimento mediante a utilização de critérios axiológicos, embora represente uma evolução da atividade jurisdicional em prol da efetividade no caso concreto; gerou o efeito colateral de dificultar a previsibilidade da decisão judicial e, por conseguinte, gerou insegurança jurídica, sendo necessária a implementação de tratamento adequado para que o sistema possa novamente gerar segurança àquele que dele se utiliza.

Uma primeira forma de fazê-lo, adotada pelo nosso atual ordenamento, foi estabelecer um sistema de precedentes vinculantes, que permitem uma redução nas possibilidades de interpretação do conteúdo de uma determinada regra jurídica. Com isso todos os julgadores - inclusive o próprio Tribunal que definiu o precedente – ficam obrigados a preencher o conceito fluído com uma tese previamente definida e que, em tese, por força do disposto no art. 926, do CPC, deve se manter integra e estável.

Um segundo fator que pode auxiliar na obtenção de segurança jurídica, como já tivemos a oportunidade de afirmar[15], consiste na obediência a forma prevista em lei, na atualidade profundamente desrespeitada pelos operadores do direito. Assim como o formalismo exagerado é prejudicial ao feito, também o desrespeito à forma causa enormes malefícios ao processo. Assegurar que o procedimento previsto pela lei será obedecido representa uma garantia ao jurisdicionado, que conhece as "regras do jogo" antes iniciar ou participar do litígio.

Por fim, o terceiro fator que pode contribuir para a obtenção de segurança jurídica é a objetivação do perfil dos institutos do processo por parte da doutrina, deixando de lado o subjetivismo e propondo critérios claros e seguros quanto a sua estrutura básica, em especial no tocante aos seus requisitos, as suas características e aos seus limites de aplicação.

Sob o enfoque deste terceiro fator é que passaremos a estudar os requisitos necessários a concessão das medidas executivas atípicas fundadas no poder geral de coerção.

2 O PODER GERAL DE COERÇÃO

A análise do ordenamento processual instituído pela redação original do CPC de 1973 permite concluir, com toda segurança, que para a prestação da tutela cautelar era adotado um sistema misto[16], ou seja, um sistema que apresentava alguns procedimentos cautelares específicos ou nominados, mas que também apresentava uma regra geral conferindo ao magistrado poder para conceder outras medidas, diversas daquelas expressamente previstas pela lei. Tratava-se do então denominado poder geral de cautela, previsto no art. 798, do

[12] ARMELIN, Donaldo. Uma visão da crise atual do Poder Judiciário. REPRO 137, 2006. p. 249. "A imprevisibilidade das decisões judiciais, que deveria manter-se num mínimo razoável, concernentemente a um fator aleatório, provoca, de um lado, a insegurança dos litigantes e, de outro, o que é mais grave, o esgarçamento do prestígio do Judiciário, perante os usuários dos serviços jurisdicionais.".

[13] ARRUDA ALVIM, Teresa. Segurança jurídica no projeto do novo Código de Processo Civil. In Aulas Magnas – Atualização permanente. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura – EPM. 09.03.2012.

[14] MARINONI, p. 64. Também nesse sentido a posição do autor ao alertar que "... não há como ignorar, tanto no common law quanto no civil law, que uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, por conseqüência, variadas decisões judiciais.".

[15] OLIVEIRA NETO, O respeito à forma.

[16] GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: RT, 1998. p. 29. "Pode-se dizer, com relação a um conjunto qualquer de providências jurisdicionais, que ele consiste em um sistema: a) típico, quando as providências que o compõem são tipificadas em lei; b) atípico, quando as providências que o integram são determinadas pelo juiz; c) misto, quando é constituído por providências típicas (predeterminadas na lei) e atípicas (determinadas juiz, caso a caso).".

CPC de 1973[17], que atribuía ao julgador o poder de conceder medidas cautelares inominadas se constatada a existência de risco ao resultado útil do processo (periculum in mora), desde que plausíveis as alegações de fato e de direito (fumus boni iuris) que davam suporte ao pedido de concessão de tutela cautelar.

Para a prestação da tutela executiva, entretanto, tal diploma adotou um mecanismo mais rigoroso, característico de um sistema típico, através da imposição do 'Princípio da Tipicidade dos meios executivos', segundo o qual cabia ao magistrado aplicar unicamente os meios expressamente previstos pela lei para a efetivação do direito contido no título executivo, fosse ele judicial ou extrajudicial[18]. A adoção do princípio vedava ao juiz a prática de atos executivos de forma diversa daquilo que expressamente previa a legislação, não tendo "... nenhuma liberdade para alterar o padrão de atos processuais e, mais amplamente, de técnicas que lhe são reconhecidas como as únicas legítimas na lei por obra do legislador"[19], isso sob pena de nulidade do ato executivo praticado.

Com entrada em vigor da Lei nº 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao art. 461, do CPC de 1973, em especial ao seu §5º[20], esse sistema executivo típico acabou por se transformar - ao menos no tocante as obrigações de fazer e de não fazer - num sistema executivo misto, com a atribuição ao juiz do poder de praticar atos executivos diversos dos expressamente indicados pela lei, desde que isso fosse necessário à efetivação da tutela específica no caso concreto[21].

A evolução de um sistema executivo típico para um sistema executivo misto, com uma considerável ampliação da possibilidade de aplicação de medidas coercitivas, entretanto, não deu ensejo à completude do sistema[22], especialmente porque a lei foi expressa quanto à aplicação de tais medidas apenas para as hipóteses que não importavam numa execução por quantia, certamente a espécie de maior ocorrência no dia a dia forense.

Ciente desta deficiência o CPC de 2015 adotou, quanto à aplicação da tutela coercitiva – uma das espécies do gênero tutela executiva - idêntico mecanismo do qual se valia o código revogado para a aplicação da tutela cautelar, ou seja, prevê inúmeras

---

[17] Lei nº 5.869, de 11.01.1973 (Código de Processo Civil de 1973). Disponível em www.planalto.gov.br, capturado em 15.04.2019. "Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.".

[18] DIDIER JUNIOR, Fredie, et all. Curso de direito processual civil. 7ª e. Salvador: JusPodium, 2017. V. 5, p. 99-100. "Durante muito tempo vingou a ideia de que o órgão julgador somente poderia proceder à execução valendo-se de meios executivos tipicamente previstos na legislação. Essa era uma forma de controlar a sua atividade, evitando-se que agisse arbitrariamente e garantindo-se a liberdade ou a segurança psicológica do cidadão – ideias intimamente ligadas aos valores liberais."; MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004. p. 42-43. "Diante da sentença condenatória, não é difícil perceber como o direito liberal limitou os poderes do judiciário. Primeiro definiu os meios de execução que poderiam a ela se ligar e, depois, deixou evidenciado que nenhum outro meio executivo poderia ser utilizado quando da execução da condenação. [...] Se a sentença condenatória é ligada aos meios executivos tipificados na lei, elimina-se a possibilidade de o juiz trabalhar com qualquer outro meio de execução, controlando-se, dessa forma, a sua possibilidade de arbítrio."

[19] BUENO, Cassio Scarpinella. Curso de direito processual civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 3º v., p. 59.

[20] Lei nº 8.952, de 13.12.1994. "Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] §5º. Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.".

[21] OLIVEIRA NETO, Olavo de. Poder Geral de Coerção. São Paulo: RT, 2019. p. 133. "A partir da inserção do art. 461, no CPC de 1973, entretanto, o sistema típico antes existente se transmudou e assumiu a feição de um sistema misto, já que o "§5º" do preceito permitia ao juiz que, para a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, de ofício ou mediante requerimento, determinasse as medidas que fossem necessárias e que podiam variar segundo a exigência do caso concreto. Tal mecânica estendeu-se posteriormente para as obrigações de dar coisa certa ou coisa incerta (art. 461-A, §3º, do CPC de 1973), mas manteve-se a regra da tipicidade para as outras formas de procedimentos executivos.". MARINONI, Luiz Guilherme. Classificação das sentenças que dependem de execução. In CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Temas atuais da execução civil – Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 405. "O art. 461 conferiu ao juiz, por meio de uma norma de caráter aberto, poder para utilizar a modalidade executiva adequada ao caso concreto, eliminando a necessidade da sua expressa previsão legal e assim quebrando o princípio da tipicidade. O mesmo espírito foi adotado pelo sistema do art. 461-A, [...] Mas, ao lado dessas formas de exercício do Poder Executivo, conservou-se, para a obrigação de pagar quantia, a técnica da execução por expropriação, mantendo-se, com ela, o juiz preso aos meios de execução previstos na lei.".

[22] OLIVEIRA NETO, Poder..., p. 316. "... qualquer sistema de realização da tutela executiva que pretenda atender à exigência do Acesso à Justiça, traço comum do modelo constitucional processual da maioria dos países, deve tender à completude, ou seja, deve prever ou ao menos permitir de modo generalizado o emprego de meios aptos a efetivar a satisfação de prestações que não foram espontaneamente adimplidas, no menor espaço de tempo e com a prática de um mínimo necessário de atividade processual.".

medidas coercitivas que devem ser reconhecidas como medidas "típicas ou nominadas" (v.g. art. 517; art. 523, §1º; art. 528, §§ 1º e 3º; art. 536, §1º; art. 537; art. 782, §3º), mas também prevê uma regra geral (art. 139, IV) que permite ao magistrado determinar a aplicação de medidas coercitivas "atípicas ou inominadas", não expressamente previstas pela lei, mas essenciais para a obtenção da satisfação da prestação não adimplida.

Em suma, como já tivemos a oportunidade de sustentar, o art. 139, IV, do CPC, apresenta a regra matriz do 'Poder Geral de Coerção', que pode ser definido como "o poder que a lei confere ao juiz para determinar, conforme as exigências do caso concreto e visando a efetividade da tutela executiva, medidas coercitivas diversas das que são expressamente previstas na legislação processual." [23].

Não obstante a certeza quanto à atribuição deste poder ao juiz, cujo gênero recebeu da comunidade jurídica a denominação de 'poder geral de efetivação'[24], repita-se, nosso código não apresentou os requisitos objetivos e que devem estar presentes para a concessão de uma medida coercitiva atípica. Daí a necessidade de defini-los com o escopo de conferir maior segurança jurídica àqueles que pretendem se valer dessas medidas, bem como para que o julgador também tenha uma segurança maior quando se vê diante da necessidade de concedê-las em face de um caso concreto.

3 DESCONSTRUÇÃO DAS PROPOSTAS MAIS APRESENTADAS PELA CASUÍSTICA

Conforme ressaltamos no primeiro parágrafo deste artigo, ainda não há consenso quanto aos requisitos necessários à concessão das medidas coercitivas atípicas, o que dá ensejo a enorme insegurança quando o advogado se defronta com a necessidade de pedi-la ou quando o juiz se defronta com a necessidade de decidir pela sua aplicação.

Para parte dos operadores do direito a solução está na aplicação do principio da proporcionalidade, cujos elementos permitem aquilatar em quais circunstâncias as medidas atípicas devem ser concedidas e em quais devem ser negadas. Daí a necessidade de verificar, sequencialmente, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito[25], que estando presentes autorizam o juiz a prestar a tutela coercitiva pleiteada.

Em nosso entendimento, entretanto, a aplicação da doutrina alemã não se presta para gerar a segurança almejada. Isso porque, dentre outras discórdias, não há consenso nem mesmo sobre a proporcionalidade ser um princípio ou uma regra, o que faz permanecerem incólumes às dúvidas sobre os requisitos para a concessão das medidas atípicas.

Na feliz argumentação de Nélio Zattar de Mello Carneiro Salles:

> "Tão genérica quanto à aplicação do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade, tão amplamente utilizado pelos Tribunais pátrios, também é genericamente, superficialmente e constantemente encontrado nas mais diversas decisões prolatadas sem que haja um consenso sobre seu conceito, extensão e forma de aplicação. Portanto, os mesmos problemas de dificuldade de conceito e de controle na aplicação do princípio da razoabilidade também são encontrados no princípio da proporcionalidade, sendo certo que, por diversas vezes, tais princípios são invocados como se idênticos fossem confundindo ainda mais os intérpretes e aplicadores do Direito." [26]

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, sob um enfoque bastante pragmático, tem tentado estabelecer quais são os requisitos necessários para a aplicação das medidas atípicas, enfatizando que

---

[23] OLIVEIRA NETO, Poder..., p. 316.

[24] Disponível em www.enfam.jus.br. Capturado em 29.04.2018. Enunciado nº 48. "O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.".

[25] SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável REPRO 798/23. "A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.".

[26] SALLES, Nélio Zattar de Mello Carneiro. Análise Crítica Propositiva para Fixação, Limitação e Revisão da Multa Periódica. São Paulo: Setor de Pós-graduação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2020. p. 40. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direito Processual Civil). Orientador: Professor Livre Docente Olavo de Oliveira Neto. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, 2020.

> "... é possível ao juiz adotar meios executivos atípicos desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir a obrigação a ele imposta, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade."[27]

Desta suma e das demais argumentações constantes do V. Acórdão é possível extrair que são requisitos para a concessão das medidas coercitivas atípicas: a) existência de indícios que sugiram que o executado possui bens suficientes para satisfazer a prestação não adimplida; b) necessidade de esgotamento prévio dos meios típicos de satisfação da prestação; c) observância do contraditório substancial, com a prévia intimação do executado para pagar ou apresentar bens suficientes para suportar a atividade executiva; d) aplicação do postulado da proporcionalidade; e, e) fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta.

Todavia, com a devida vênia, entendemos que também aqui os critérios propostos não são aptos a conferir segurança ao sistema executivo.

De proêmio, a experiência da judicatura, em especial na primeira instância, demonstra que impor ao exequente a apresentação de indícios de que o executado esconde bens apenas contribui para adiar a satisfação da prestação, dando tempo ao "devedor malicioso" para que desapareça de vez com bens que poderiam quitar o valor devido.

Já a necessidade de esgotar os meios executivos típicos antes de utilizar os meios atípicos vai contra o disposto no art. 4º, do CPC, e o Princípio da Eficiência da Administração, na medida em que não se justifica aplicar o meio típico apenas porque é típico, quando há outra via processual mais apta à obtenção de efetividade em um prazo mais reduzido[28].

Por sua vez, embora o contraditório deva sempre ser respeitado, exigir que ele seja prévio não é adequado. Isso porque, quando se trata de ato processual executivo, normalmente o contraditório é ulterior[29]; e, porque o contraditório posterior é uma possibilidade que a lei expressamente confere ao exequente, ao permitir que ele requeira medidas urgentes, mesmo inaudita altera parte, contra o executado (art. 799, VIII, do CPC), ainda na sua petição inicial.

Por fim, repita-se também aqui o que já se disse acerca das dúvidas e polêmicas que cercam a aplicação do princípio da proporcionalidade, não adequado à obtenção da segurança almejada.

Assim sendo, resta ponderar sobre critérios mais objetivos para a obtenção de segurança quanto à concessão das medidas executivas atípicas, propondo requisitos específicos para a sua concessão, assim como acontecia com o '*fumus boni iuris*' e do *'periculum in mora'* necessários à concessão das medidas cautelares inominadas na vigência do CPC de 1973[30], que em nosso sentir se concretizam nos requisitos 'necessidade' e 'pertinência', cujo perfil será a seguir delineado.

---

[27] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.788.950/MT. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 23.04.2019.

[28] OLIVEIRA NETO, O Poder Geral... . p. 241-242. "...a tutela coercitiva deve ser aplicada pelo magistrado de forma autônoma e independente das demais espécies de tutela, não sendo necessário aguardar a frustração da atividade executiva em outras modalidades, como a tutela executiva stricto sensu ou a tutela ordenatória, para que somente então sejam possíveis as aplicações de medidas coercitivas. Sob o enfoque da efetividade, numa interpretação conforme a Constituição, seria absurdo ter que esgotar um meio executivo como um requisito prévio que deve ser atendido para viabilizar a aplicação das medidas coercitivas. Se o que se pretende é a satisfação de uma prestação não adimplida e se a via processual respeita os limites impostos pelo sistema, qual seria a justificativa para não aplicá-las desde logo, reduzindo a demora fisiológica do processo com a prática de uma quantidade menor de atos processuais necessários para o encerramento da atividade executiva? Além de atender ao princípio da efetividade e ao princípio da economia processual, ainda se atinge de uma forma mais rápida, mais barata e menos prejudicial às partes, aquilo que preconiza o Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública, ao qual também se submete a atividade do Poder Judiciário, seja ela atinente à tutela de acertamento seja ela atinente à tutela executiva.".

[29] OLIVEIRA NETO, Curso..p. 88."... embora a tutela executiva guarde semelhança com a tutela de conhecimento, mesmo porque são espécies de um mesmo gênero, sua atuação é diferenciada em virtude da inversão do contraditório que, se nesta ocorre antes dos atos decisórios, naquela ocorrerá apenas após a realização de tais atos, tudo com a finalidade de recompor o equilíbrio quebrado pelo descumprimento de uma obrigação. O elemento essencial que caracteriza a tutela executiva, pois, é o contraditório diferido.".

[30] OLIVEIRA NETO. Curso..., 1º v., p. 613. "Para concessão de uma medida cautelar fundada no poder geral de cautela, embora tais termos não constassem expressamente do referido preceito (art. 798), deveria o magistrado verificar se estavam presentes os dois requisitos que a doutrina entendia necessários, consubstanciados no periculum in mora e no fumus boni iuris. Este a significar a plausibilidade do direito invocado e aquele representado por uma situação atual de perigo ao direito alegado.".

4 'NECESSIDADE' E 'PERTINÊNCIA' COMO REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS.

Repetindo o que se dava com o art. 798, do CPC de 1973, que não era expresso ao mencionar o fumus boni iuris e o periculum in mora como os requisitos necessários à obtenção da medida cautelar inominada, o art. 139, IV, do CPC – regra matriz do Poder Geral de Coerção - também não trata expressamente dos requisitos exigidos para a concessão de uma medida coercitiva atípica. Porém, aqui como lá, pode-se extrair da letra da lei quais são esses requisitos, que no caso do art. 139, IV, decorrem de uma análise da expressão "necessárias para assegurar".

De início cabe observar que "assegurar" foi empregado de maneira imprópria no texto, pois tal verbo deve ser empregado quando se trata de uma tutela urgente, de natureza cautelar, sendo o caso de substituí-lo por "efetivar"[31], que está logica e tradicionalmente ligado à satisfação de uma prestação.

Tal impropriedade, aliás, também aconteceu quando o art. 273, §3º, do CPC de 1973, introduziu a tutela antecipada geral no sistema processual brasileiro, referindo-se a 'execução' do provimento ao invés de 'efetivação' do provimento, dando ensejo à ampla polêmica na doutrina, com três entendimentos diversos. Enquanto alguns entendiam que a tutela antecipada podia ser concedida em qualquer espécie de provimento cuja natureza fosse de tutela de conhecimento, outros diziam que ela somente era cabível nas tutelas constitutiva e condenatória e um terceiro grupo afirmava que a antecipação só era possível em de tutela condenatória. A divergência acabou sendo parcialmente resolvida apenas após a alteração da redação promovida pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, que se positivou o termo 'efetivação' da tutela antecipada.

Para evitar nova confusão e partindo da premissa de que as medidas coercitivas devem ser concedidas quando 'necessárias para efetivar' uma tutela que tem por características alterar ou preparar a alteração do mundo empírico, em especial da tutela executiva mediante coerção, o primeiro requisito para a concessão de uma medida atípica é a necessidade.

A seu respeito já dissemos que a necessidade é

> "...representada pela exigência da aplicação de coerção como meio apto à obtenção da alteração do mundo empírico e, consequentemente, da satisfação da prestação não adimplida [...] sempre que, diante do caso concreto, a não aplicação da medida torne impossível, improvável ou ao menos mais difícil à efetivação do resultado que se pretende alcançar com a atividade executiva." [32]

Em outros termos: a medida coercitiva atípica é necessária quando o seu indeferimento pode tornar impossível, improvável ou ao menos mais difícil à satisfação da prestação num caso concreto.

Todavia, assim como se dava com a expressão 'fundado receio', constante do art. 798, do CPC de 1973, essa necessidade "...deve ser objetivamente demonstrada e não apenas suposta pelo interessado, dando asas a fertilidade da sua imaginação." [33], o que implica numa fundamentação robusta e que demonstre onde se encontra, especificamente, a real possibilidade da negativa de concessão dar ensejo a uma execução frustrada.

Por fim é de se ver que

> "não se trata daquela necessidade integrante do interesse de agir, sem a qual o sujeito ativo não pode exercitar o direito de ação, mas sim de uma necessidade ligada à efetividade do pronunciamento judicial ou da determinação do órgão judicante. Se a ausência de coerção implicar em perda do tônus de efetividade da atividade executiva, por menor que possa ser essa perda, então não se justifica deixar de aplicá-la, o que em última análise acabaria por corresponder ao não cumprimento do disposto no art. 35, XXXV, da Constituição da República." [34]

O segundo requisito exigido para a concessão de uma medida coercitiva atípica é a 'pertinência', ou seja, a exata adequação da medida concedida àquilo que é necessário para obter a satisfação da prestação. Em outras palavras, a medida deve ser plenamente

---

[31] OLIVEIRA NETO, O poder ... . p. 234. "Sobre o conteúdo dessa expressão, aliás, houve intensa discussão a respeito da redação original dada ao art. 273, §3º, do CPC de 1973, que empregava o termo "execução" ao invés de se utilizar de "efetivação", levando boa parte da doutrina a afirmar que a antecipação de tutela daquela época somente era possível quando se tratava de uma tutela de natureza condenatória. Após muita polêmica a Lei nº 10.444, de 07.05.2002, acabou por alterar a redação do §3º, fazendo nele constar "a efetivação da tutela antecipada" em substituição a "execução da tutela antecipada.".

[32] Idem, p. 235.

[33] MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. Tutela cautelar. Curitiba: Juruá, 1996. p. 233.

[34] OLIVEIRA NETO, O Poder... . p. 235.

adequada à situação de fato que autoriza a sua imposição, isto é, deve ser uma 'justa medida' ou uma 'exata medida' em face do caso concreto.

Ao examinar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade na seara do Direito Administrativo observa Celso Antônio Bandeira de Mello que são três as perspectivas passíveis de exame para identificar a ocorrência de eventual desrespeito ao princípio:

> "a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímem e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados."[35]

Este segundo critério que deve ser empregado para examinar se há ou não infringência ao Princípio da Isonomia, no seu sentido substancial[36], diz respeito ao exame da relação de pertinência existente entre o discrímen e o fator de desigualdade. Entre o tratamento desigual imposto pela lei e a necessidade exigida pela situação concreta deve existir uma exata equivalência, sob pena do próprio fator de desigualdade se tornar um ataque à igualdade que pretende instituir.

Essa mesma mecânica também se observa, por exemplo, no Direito Penal. No caso de excesso de legítima defesa uma conduta inicial considerada lícita pela lei, se excede os limites necessários para repelir injusta agressão, acaba por se tornar ilegal, respondendo seu agente pelo excesso praticado.

Seguindo os mesmos parâmetros e tendo em mente a tradicional lição de Giuseppe Chiovenda, a medida constritiva deve corresponder "aquilo e exatamente aquilo" que se demonstra necessário à efetivação da prestação não adimplida ou da determinação judicial não cumprida. Se corresponder a menos do que é necessário no caso concreto estará permitindo que a atividade executiva possa se frustrar – ainda que parcialmente - negando tutela jurisdicional ao exequente e ofendendo o Princípio do Acesso à Justiça. Entretanto, se a constrição exceder o que é necessário no caso concreto, então estará se tornando um provimento que nos limites deste excesso é ilegal, assim como se dá no caso do excesso de legítima defesa.

Nesse passo, a pertinência da medida atípica de constrição guarda estreita interdependência com o princípio informativo da tutela executiva da utilidade, segundo o qual "... não se admite atividade executiva que sirva apenas para prejudicar o responsável executivo, sem que haja real benefício no mundo empírico para o exequente."[37]. Se a medida não puder, em tese, produzir resultado prático em prol da satisfação parcial ou total da atividade executiva, então não será adequada para aplicação no caso concreto. É o que se dá, por exemplo, com a fixação de multa diária para forçar o cumprimento da prestação pecuniária em face daquele que não tem patrimônio, já que tal circunstância torna inócuo o potencial de coercibilidade da medida.

Além disso, a determinação de uma medida coercitiva que não se adequa ao caso concreto pode gerar, conforme a situação, um efeito colateral altamente danoso ao direito daquele que vai a juízo buscar a proteção da jurisdição, pois permite ao destinatário da medida optar por arcar com as consequências impostas ao invés de desde logo cumpri-la, potencializando o dano marginal incidente sobre o direito do exequente. Trata-se exatamente da situação retratada na inspirada afirmação de Luiz Guilherme Marinoni ao tratar da tutela inibitória:

> "Obrigar o titular de uma marca comercial, ou de uma patente de invento, a esperar dois ou três anos para obter a tutela que pode impedir a continuação ou a repetição do ilícito, é conferir àquele que pratica o ilícito dois ou três anos de 'lícito exercício do ilícito', principalmente quando se percebe que o objetivo do titular de uma marca ou de um invento é, acima de tudo, a tutela da integridade da marca ou do invento, e não a mera reparação do dano."[38]

---

[35] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª e.. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21.

[36] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia de tratamento paritário das partes, in Garantias constitucionais do processo. Coord. CRUZ e TUCCI, José Rogério. São Paulo: RT, 1999. p. 97. "No processo, a isonomia revela-se na garantia de tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada sob o prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo.".

[37] OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípios informativos da execução civil. In Execução civil e temas afins – Estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: RT, 2014. p. 776.

[38] MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. São Paulo: RT, 1988. p. 69.

Em conclusão, pois, para que a parte possa pleitear e para que o juiz possa determinar a aplicação de uma medida coercitiva atípica, devem estar presentes os requisitos da necessidade e da pertinência, que se extraem de uma interpretação do art. 139, IV, do CPC, conforme ao princípio constitucional da efetividade. A necessidade deve ser entendida como a exigência de aplicação da medida coercitiva para evitar que se torne impossível, improvável ou ao menos mais difícil à efetivação do resultado que se pretende alcançar com a atividade executiva, e, a pertinência, como a adequação da medida a situação de fato que autoriza a sua imposição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

01. A adoção de conceitos fluídos na construção das regras jurídicas, impondo ao magistrado seu preenchimento mediante a utilização de critérios axiológicos, representa uma evolução da atividade jurisdicional em prol da efetividade no caso concreto, mas produz o efeito colateral de dificultar a previsibilidade da decisão judicial, o que aumenta a insegurança jurídica.

02. Para tornar o sistema mais previsível e, portanto, para catalisar a segurança jurídica, há necessidade, juntamente com o sistema de precedentes judiciais vinculantes, a) de implementar maior obediência à forma prevista em lei, na atualidade profundamente desrespeitada; e, b) de objetivar do perfil dos institutos do processo, deixando de lado o subjetivismo e propondo critérios claros e seguros para sua estrutura básica.

03. Nosso código adotou, quanto à aplicação da tutela coercitiva – uma das espécies do gênero tutela executiva - idêntico mecanismo do qual se valia o código revogado para a aplicação da tutela cautelar. Prevê inúmeras medidas coercitivas que devem ser reconhecidas como medidas "típicas ou nominadas" (v.g. art. 517; art. 523, §1º; art. 528, §§ 1º e 3º; art. 536, §1º; art. 537; art. 782, §3º), mas também prevê uma regra geral (art. 139, IV) que permite ao magistrado determinar a aplicação de medidas coercitivas "atípicas ou inominadas", não expressamente previstas pela lei, mas essenciais para a obtenção da satisfação da prestação não adimplida.

04. O art. 139, IV, do CPC, apresenta a regra matriz do 'Poder Geral de Coerção', que pode ser definido como "o poder que a lei confere ao juiz para determinar, conforme as exigências do caso concreto e visando a efetividade da tutela executiva, medidas coercitivas diversas das que são expressamente previstas na legislação processual.".

05. Fundamentar a concessão de medidas coercitivas atípicas no Principio da Proporcionalidade não se presta para gerar a segurança necessária à estabilização do sistema jurídico, já que, dentre outras discórdias, não há consenso nem mesmo sobre a proporcionalidade ser um princípio ou uma regra, o que faz permanecerem incólumes às dúvidas sobre os requisitos para a concessão das medidas atípicas.

06. Os critérios propostos pelo Superior Tribunal de Justiça (existência de indícios que sugiram que o executado possui bens suficientes para satisfazer a prestação não adimplida; necessidade de esgotamento prévio dos meios típicos de satisfação da prestação; observância do contraditório substancial, com a prévia intimação do executado para pagar ou apresentar bens suficientes para suportar a atividade executiva; aplicação do postulado da proporcionalidade; e, fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta) também não são aptos a conferir segurança ao sistema executivo.

07. Os requisitos objetivos para a obtenção de segurança quanto à concessão das medidas executivas atípicas são a necessidade' e a 'pertinência', sempre analisados em face do caso concreta.

08. A medida coercitiva atípica é necessária quando o seu indeferimento pode tornar impossível, improvável ou ao menos mais difícil à satisfação da prestação num caso concreto, aumentando a possibilidade de frustração da tutela executiva.

09. Pertinência é a exata adequação da medida concedida àquilo que é necessário para obter a satisfação da prestação. O provimento deve ser plenamente adequado à situação de fato que autoriza a sua imposição, isto é, deve ser uma 'justa medida' ou uma 'exata medida' em face do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ARMELIN, Donaldo. Uma visão da crise atual do Poder Judiciário. REPRO 137, 2006.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. São Paulo: RT, 2008.

ARRUDA ALVIM. Segurança jurídica no projeto do novo Código de Processo Civil. In Aulas Magnas – Atualização permanente. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura – EPM. 09.03.2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. e.. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual. 3. ed. e.. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO. Curso de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 3º v.

COUTURE, Eduardo J. . Introdução ao estudo do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DIDIER JUNIOR, Fredie, et all. Curso de direito processual civil. 7. ed. e. Salvador: JusPodium, 2017. v. 5.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: RT, 1998.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. A administração da Justiça no Estado Social. In Constituição e democracia. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. Coord. BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gérson Marques de, BEDÊ, Faygá Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia de tratamento paritário das partes, in Garantias constitucionais do processo. Coord. CRUZ e TUCCI, José Rogério. São Paulo: RT, 1999.

MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. Tutela cautelar. Curitiba: Juruá, 1996. p. 233.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI. Classificação das sentenças que dependem de execução. In CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Temas atuais da execução civil – Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI. Tutela inibitória. São Paulo: RT, 1988.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Poder Geral de Coerção. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI. Novas perspectivas da execução civil – Cumprimento de sentença. In SHIMURA, Sérgio, NEVES, Daniel A. Assumpção (Coord.). Execução no processo civil – Novidades & tendências. São Paulo: Método, 2005.

MARINONI. Os meios executivos e a real efetividade das ações afirmativas. In ASSIS, Araken de et all (Coord.). Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI. O respeito à forma, como coadjuvante da doutrina dos precedentes, na obtenção de segurança jurídica. In: 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINONI. Princípios informativos da execução civil. In Execução civil e temas afins – Estudos em homenagem ao Professor Araken de Assis. São Paulo: RT, 2014.

OLIVEIRA NETO, Olavo de, OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Verbatim, 2018. 3º v.

SALLES, Nélio Zattar de Mello Carneiro. Análise Crítica Propositiva para Fixação, Limitação e Revisão da Multa Periódica. São Paulo: Setor de Pós-graduação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2020. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direito Processual Civil). Orientador: Professor Livre Docente Olavo de Oliveira Neto. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, 2020.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. REPRO 798/23

CONSTITUCIÓN Y METODO. ASPECTOS TEÓRICOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

CONSTITUTION AND METHOD. THEORETICAL ASPECTS OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

Ramsis Ghazzaoui[1]

La presente investigación trata sobre los aspectos teoricos de la interpretación constitucional y la metodologia en el espectro del derecho constitucional. Se analizan las diversas teorías que aluden a la interpretación constitucional como acto-voluntad y como acto-conocimiento, los metodos clasicos de interpretación jurídica aplicales a la interpretación constitucional, se describen los principios de la dogmatica constitucional que deben tomarse en cuenta al momento de la actividad interpretativa judicial, poniendo enfasis en la argumentación de las decisiones. El autor alude y apuesta por una interpretación objetiva, con argumentos jurídicos, sin obviar el tratamiento racional y prudente de los

[1] Doctor en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid, España). Master oficial en Derecho Constitucional (Universidad de Valencia, España). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela). Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Central de Venezuela). Profesor en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Miembro de la International Society of Public Law (ICON·S). ORCID 0000-0002-0516-0041 Email: rghazzao@ucab.edu.ve

valores y principios, con vista a limitar el creacionismo y el activismo judicial regresivo e innecesario, promoviendo la autocontención judicial y el respeto a la separación de poderes.

Palavras-chave: Constitución; Metodos; Principios; Interpretación; Interpretación constitucional.

This research deals with the theoretical aspects of constitutional interpretation and methodology in the spectrum of constitutional law. It analyzes the various theories that allude to constitutional interpretation as an act of will and as an act of knowledge, the classical methods of legal interpretation applicable to constitutional interpretation and describes the principles of constitutional dogmatics that must be considered at the time of judicial interpretative activity, with emphasis on the argumentation of decisions. The author alludes to and advocates an objective interpretation, with legal arguments, without ignoring the rational and prudent treatment of values and principles, with a view to limiting creationism and regressive and unnecessary judicial activism, promoting judicial self-restraint and respect for the separation of powers.

Keywords: Constitution; Methods; Principles; Interpretation; Constitutional interpretation.

INTRODUCCIÓN

Es pacífico en la actualidad concebir a la Constitución como el orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad[1]. En ella se halla recogida la confluencia de las diferentes fuerzas políticas de un país, quiénes, consensuadamente, establecen un orden constitutivo sobre las cuestiones básicas que afectan la convivencia social, la forma de Estado, el sistema político que ha de regir, la división del poder, así como lo relativo a la protección de los Derechos Fundamentales. Tal acuerdo, textualizado, escrito, se protege mediante mecanismos e instituciones que garantizan su supremacía con respecto al resto del ordenamiento. Así, la Constitución queda establecida en la sociedad como un orden creado para la coexistencia en comunidad de las diferentes opciones políticas, que consiguieron encontrar normas de convivencia en recíproca tolerancia[2]. En palabras de ARAGÓN, "la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia" [3].

Una de las características principales de los textos constitucionales, es que gran parte de sus preceptos se soportan - generalmente - sobre la base de disposiciones de textura amplia, abierta, flexibles, con términos y expresiones de elevada vaguedad, con un notorio contenido axiológico, lo que les hace susceptibles de desarrollos alternativos y divergentes, que permiten adaptar su significado y alcance a las nuevas necesidades para hacer efectivo un orden social justo[4]. También, es preciso señalar, que la Constitución nace con el propósito de regir la vida del Estado indefinidamente, es decir, tiene una intención de permanencia, de una "Ley Perpetua" [5], un "proyecto de futuro" [6]; sin embargo, el contexto político sobre el que actúa y despliega sus efectos se encuentra constantemente en un proceso de transformación. Por ello, la Constitución no puede concebirse como una norma inmodificable, no susceptible de ser interpretada e indiferente y aislada al cambio histórico.

Como indica ZAGREBELSKY, la esencia pluralista del Estado Constitucional conlleva una heterogeneidad dentro del sistema jurídico, que exige, para la coexistencia de los valores y principios sobre los que se basa la Constitución, que éstos sean asumidos con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. La Constitución, en este sentido, es la encargada de reconducir a unidad esa pluralidad, es la encargada de reconstruir el ordenamiento[7].

De ahí, que todas las Constituciones experimentan cambios, modificaciones en el significado, sentido y alcance de sus normas.

Estos cambios en la Constitución son clasificados bajo dos criterios: i) de carácter formal, relativo al procedimiento o expediente a través del cual se manifiestan y producen efectos; y ii) de carácter sustantivo, referido al alcance material del cambio.

En cuanto al primero de los criterios mencionados, esto es, los cambios de tipo formal, se caracterizan por llevarse a cabo por medio de un procedimiento regulado por la propia Constitución, y en virtud del cual ésta es objeto de una modificación expresa (reformas constitucionales). Esto, a su vez, conlleva a distinguirlos de los cambios informales, es decir, aquellos realizados sin activar el correspondiente procedimiento de reforma y sin alterar la literalidad o forma del precepto constitucional, modificando únicamente su significado, los cuales son denominados como mutaciones constitucionales. Hay que decir, también, que los cambios informales a la Constitución pueden ser positivos o negativos, y se materializan por medio de leyes, de tratados, o a través de las sentencias interpretativas de los tribunales especializados al respecto, sean con jurisdicción suprema (en los sistemas de control de constitucionalidad difuso), o con competencia excluyente (como se establece en los tribunales constitucionales en los sistemas de control concentrado).

Por su parte, el segundo de los criterios expresados (cambios de carácter sustantivo), permite diferenciar aquellas modificaciones referidas a aspectos no esenciales de la Constitución, esto es, que no afectan a su identidad, a sus pilares o fundamentos

---

[1] Al respecto, confróntese a BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 159. Asimismo, véase a HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 43.

[2] Vid. BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 17.

[3] Al respecto, véase a ARAGÓN REYES, Manuel. "Dos problemas falsos y uno verdadero: neoconstitucionalismo, garantismo y aplicación judicial de la Constitución", en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 29, México, 2013, p. 10.

[4] Véase a GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "La Interpretación Constitucional", en Revista Jurídica de Castilla y León, número 2, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2004, p. 72.

[5] Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ª edición - 3ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 1994, p. 50.

[6] Cfr. NIETO, Alejandro. "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", en Revista de Administración Pública, números 100-102, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983, p. 396.

[7] Al respecto, confróntese a ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, novena edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 9 y ss.

básicos, de aquellos otros cambios que, por afectar a su núcleo esencial, alteran la identidad de una Constitución determinada, trayendo como como consecuencia su destrucción; se quebrantan sus límites materiales y no es posible identificar a la Constitución como tal. En otras palabras, se diferencian aquí los cambios "en" la Constitución de los cambios "de" Constitución[8].

Es importante resaltar, que los límites materiales de la Constitución son distinguidos de dos maneras, a saber:

i) Límites explícitos e implícitos; los primeros están expresamente previstos en el Texto Constitucional mediante lo que se conoce técnicamente como "cláusulas de intangibilidad", esto es, que determinadas normas están excluidas del ámbito de actuación del poder de revisión; en cambio, los límites implícitos no están expresamente previstos, pero pueden deducirse, por un lado, del propio concepto de Constitución, y por el otro, de la consideración de la reforma como un acto jurídico y no como un acto de soberanía.

ii) Límites absolutos o generales y relativos o específicos. Estos límites se diferencian porque los primeros tienen carácter general, esto es, son predicables respecto a todos los textos constitucionales del presente (derechos fundamentales), en cambio que los específicos son característicos de una determinada Constitución, al ser un elemento definitorio de su concreta identidad histórica, como sería, por ejemplo, la forma monárquica o republicana de su jefatura del Estado. Asimismo, dichos límites pueden estar recogidos expresamente en cláusulas de intangibilidad, o ser deducidos implícitamente del Texto Constitucional[9].

A la luz del constitucionalismo de nuestro tiempo, entendido éste como teoría y práctica del Estado Constitucional (Estado efectivamente limitado por el Derecho) [10], tres principios esenciales determinan el núcleo irreformable de la Constitución (juicio de constitucionalidad): a) el principio político democrático, donde el autor de la Constitución es el pueblo en su carácter de titular del poder constituyente; b) el principio político liberal, que exige que el Estado sea organizado conforme al principio de división de poderes y el respeto a los derechos fundamentales, como garantía jurídica de la libertad; y c) el principio jurídico de supremacía, que concibe a la Constitución como la norma suprema del ordenamiento, que prevalece sobre el resto de las otras normas. Así, la supresión de cualquiera de ellos supone la destrucción de la Constitución. Por tanto, dichos principios se configuran como límites materiales implícitos y universales del poder de modificación Constitucional.

1 APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Más allá de las discrepancias iusfilosóficas que hay al respecto, actualmente en nuestra cultura jurídico-política existe consenso en que, o bien todo el derecho, o bien una parte muy sustancial de él, está recogida en textos escritos revestidos de una peculiar publicidad y formalidad: Constituciones, Leyes, Reglamentos, Decretos, Sentencias, etc. Entonces, su interpretación es una actividad que tiene que ver con textos[11].

La interpretación, en el campo del derecho, supone la existencia de una norma que no se expresa por sí misma, o no lo hace con absoluta claridad y precisión, de modo que entre esa norma que encierra cierto mensaje y sus destinatarios, sin importar quienes sean, se hace necesaria esa labor interpretativa que realizan los intérpretes[12]. Así, la interpretación viene a ser la actividad que explica, aclara o precisa el contenido de ese mensaje que se contiene en la norma escrita[13].

Una de las cuestiones centrales en el proceso de interpretación jurídica, como bien expresa

[8] Sobre la clasificación expuesta, remitimos con amplitud a TAJADURA TEJADA, Javier. "Reforma, mutación y destrucción de la Constitución", en Cuadernos de Pensamiento Político, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), Madrid, 2018, pp. 5-7.

[9] Ibídem, pp. 11 y 12.

[10] Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel. "Dos problemas falsos y uno verdadero: neoconstitucionalismo, garantismo y aplicación judicial de la Constitución"...citada, p. 11.

[11] En el derecho consuetudinario hay normas carentes de ese carácter textual, y existen constituciones, como la inglesa, que participan de ese carácter consuetudinario y no escrito. La interpretación, en estos casos, no consiste en el análisis lingüístico de un texto, sino en el análisis sociológico de un comportamiento. Al respecto, véase a GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar (Trad. Silvina Álvarez Medina). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, nota 1, p. 303.

[12] Una primera pero esencial aproximación al tema de la labor interpretativa jurídica como hermenéutica se encuentra en lengua castellana en GADAMER, Hans-Georg. Verdad y método. Ediciones Sígueme. Salamanca, 2012, in totum. BETTI, Emilio. Teoría de la interpretación jurídica. (Traducción y compilación Alejandro Vergara Blanco). Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2019, in totum. ESSER, Josef. La interpretación. Ediciones Olejnik, Santiago, 2020, pp. 39-78. MÜLLER, Friedrich. Teoría estructuradora del derecho. (Trad. Rossana Ingrid Jansen Dos Santos). Astrea, Buenos Aires, 2020, in totum. MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabajo del Derecho Constitucional (Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico). Marcial Pons, Madrid, 2006, in totum. ZACCARIA, Giuseppe. Razón jurídica e interpretación. (Comp. Ana Messuti). Thomson Reuters Civitas. Madrid, 2004, p. 67 y ss.

[13] Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "La Interpretación Constitucional" ...citada, pp. 37 y 38.

WRÓBLEWSKI[14], es determinar si está dirigido a descubrir la norma preexistente que deviene del enunciado normativo, o si tal actividad consiste en atribuir a dicho enunciado un significado normativo; dicho de otra manera, precisar si el proceso interpretativo es o no creativo[15].

Hay que destacar al respecto que, salvo los casos donde el sentido del precepto jurídico se presenta de una única manera (lo cual es infrecuente), en todo proceso interpretativo hay una cierta labor creadora, que implicará creación de nuevo Derecho en tanto y en cuanto el mismo ordenamiento jurídico le atribuya al intérprete la adopción de decisiones con efectos vinculantes para terceros[16].

El intérprete debe llevar a cabo su actividad en virtud de una argumentación o de una concreta opción valorativa, adoptando un determinado sentido a la norma entre los diversos posibles. En palabras de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, la interpretación jurídica "exige una intervención mediadora del intérprete de indudable relieve y de significado constructivista", es decir, que sin violentar su significado gramatical y lógico, determine cuál de sus potencialidades y sentidos debe tener en el caso concreto a resolver[17].

GUASTINI se refiere a la interpretación jurídica, por un lado, a la actividad que consiste en determinar el significado de vocablos, sintagmas o enunciados individuales completos (interpretación-actividad o interpretación-proceso); y por el otro, al resultado o producto de esta actividad (interpretación-producto), un enunciado interpretativo o una pluralidad de enunciados. Dos estadios (interpretación cognitiva - acto de conocimiento - e interpretación decisoria -acto de voluntad-) que, ambas forman la interpretación operativa, que en el caso que nos ocupa (interpretación constitucional) es interpretación judicial y a veces interpretación creativa[18].

Ahora bien, centrándonos en la interpretación constitucional, observamos que se trata de uno de los temas objeto de mayor interés que podemos encontrar en los estudios de los juristas. En efecto, desde los enfoques de la doctrina y la jurisprudencia, como de aquellos realizados desde la teoría de la argumentación jurídica o desde la teoría de la Constitución, son numerosos los análisis dedicados a esa materia[19].

Tanta atención, principalmente, encuentra explicación, al menos, por los motivos siguientes: el primero, debido a la incidencia que tiene dentro del

[14] Vid. WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Civitas, Madrid, 2001, p. 17.

[15] Según WRÓBLEWSKI la "interpretación jurídica" se refiere a la determinación del sentido de una expresión cuando se plantean dudas en cuanto a la misma. Ese sentido es determinado con la ayuda de las directivas de interpretación propias de la lengua que contenga la expresión, conforme a la situación y al momento de la operación interpretativa ("interpretación operativa"). "La interpretación judicial (modelo de aplicación del derecho) debe finalizar en la determinación de un sentido único de la norma que sea lo suficientemente preciso para la regulación del caso. Esto es consecuencia de la construcción de un sistema jurídico cerrado basado en el deber general de decidir. La regla de ese deber, unas veces formulada en las prescripciones del derecho vigente, otras admitidas por la doctrina y la jurisprudencia, y otras por los valores fundamentales de la ciencia jurídica y/o los principios del derecho. Esta propiedad de la interpretación operativa explica que las directivas de esta interpretación sean formuladas de forma tan elástica, que sea siempre posible encontrar un sentido haciendo una elección entre varias directivas". WRÓBLEWSKI, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho. (Trad. Juan Igartua Salaverría y Francisco Javier Esquiaga Ganuzas). Editorial Grijley. Lima, 2013, pp. 154-156.

[16] Sobre lo expuesto, remitimos a DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "Interpretación de la Constitución y juez constitucional", en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, número 37, México, 2016, p. 13. Por su parte, RUBIO LLORENTE expresa que "el juez constitucional crea normas que, por serlo, no pueden ser modificadas ni desconocidas por el legislador". Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 1363.

[17] Vid. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional", en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 69, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, p. 180 y ss.

[18] GUASTINI, Riccardo. La interpretación de los documentos normativos. (Trad. César E. Moreno More). Derecho Global Editores. México, 2018, pp. 149-161. Esta misma visión es matizada por ZAGREBELSKY refiriéndose a que la interpretación como acto de voluntad (voluntarista la llama) está compuesta por el elemento de la discrecionalidad judicial (el autor cita la clásica y popular doctrina de Herbert Hart sobre la misma y a la que corresponde cierto grado de creatividad) y está dentro del ámbito del positivismo "critico" o postpositivismo. Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÒ, Valeria. Justicia constitucional. Vol. I: Historia, principios e interpretaciones. (Trad. César E. Moreno More). Editorial Zela, Puno, 2018, pp. 136-142.

[19] Solo por citar algunas bibliografías relevantes, entre muchos otros de similar importancia, véase a: WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Civitas, Madrid, 2001, pp. 102-114; CANOSA USERA, Raúl. Interpretación constitucional y formula política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, passim; RUBIO LLORENTE, Francisco. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 1351-1359; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 2010, p. 255 y ss; ALONSO GARCÍA, Enrique. La interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, passim; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Valores superiores e interpretación constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 298-313; LINARES QUINTANA, Segundo Víctor. Tratado de interpretación constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 115-133; PRIETO SANCHIS, Luis. "Notas sobre la interpretación constitucional", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 9, Madrid, 1991, pp. 175-181; también, del mismo autor en FERRER MC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). Interpretación constitucional, Tomo II, UNAM, Porrúa, México, 2005, pp. 919-927; GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar...citada, pp. 303-309; del mismo autor, más ampliamente, en Lecciones de Derecho Constitucional (Trad. César E. Moreno More), Legales Ediciones, Lima, 2016, pp. 169-187.

ordenamiento jurídico la posición de supremacía de la Constitución, que delimita la obligación de interpretación de las normas infraconstitucionales de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución; otro de los motivos, por el hecho de que esas interpretaciones, en muchos de los casos, transforman, modifican o recrean el sistema jurídico, lo cual puede producir efectos negativos en caso de llegar a traspasar los límites materiales del juicio de constitucionalidad, adentrándose, generalmente, en el espacio de la política; asimismo, el carácter abierto y amplio de la Constitución hace que los problemas de interpretación sean más frecuentes que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas[20].

Para HESSE[21], la interpretación constitucional tiene lugar y se plantea como problema cada vez que deba responderse a una situación constitucional que la propia Constitución no permite resolver de manera concluyente, pues, en caso de no existir dudas y ser las disposiciones constitucionales terminantes, no hay lugar a interpretación alguna.

Por su parte, RAZ estima que, además, la relevancia de la interpretación constitucional deviene de la necesidad de combinar y equilibrar las razones para respetar la Constitución tal y como es y, al mismo tiempo, de la posibilidad de desarrollar o adaptar sus preceptos para evitar o corregir los inconvenientes que siempre tuvo o aquéllos que surgieron como consecuencia del paso del tiempo; en otras palabras, la justa proporción entre la fidelidad del Derecho existente y, paralelamente, estar abierta a la innovación[22].

Así mismo, RUBIO LLORENTE[23] considera que la interpretación constitucional, como problema jurídico, surge sólo cuando la Constitución es entendida como un límite jurídico - y no sólo político - al poder legislativo; problema jurídico que ha de ser resuelto por una instancia que determine con precisión el sentido de la norma constitucional, mediante una decisión fundada en Derecho; en otras palabras, por un Tribunal. De ahí que, para el autor en referencia, la interpretación constitucional es, concretamente, la interpretación judicial de la Constitución, lo cual reviste mayor relevancia en órdenes jurídicos de jurisdicción constitucional de amplias proporciones, en donde el juez constitucional interpreta la Constitución con eficacia vinculante, no solo para el ciudadano, sino también, para los restantes órganos del Estado, incluyendo al Legislador.

Hay que resaltar, que la norma constitucional presenta unas peculiaridades que no comparten el mismo alcance o el mismo sentido que aquellas que se encuentran en la interpretación del Derecho infraconstitucional u ordinario, teniendo los jueces constitucionales amplias posibilidades hermenéuticas en la configuración de las respuestas a los casos concretos, lo cual dificulta trazar líneas divisorias, determinar parámetros, entre interpretaciones legítimas de aquellas que no lo son (límites a lo constitucionalmente admisible). En este sentido, se encuentran posturas que sostienen que las características de las normas constitucionales (elásticas, abiertas, indeterminadas, imprecisas, ambiguas o vagas), impiden plantear criterios racionales a las diferentes respuestas judiciales surgidas en virtud de dicho carácter; o bien, que toda respuesta judicial articulada sobre la base de cláusulas abiertas, es simple y llanamente admisible sobre la base de cualquier racionalización a posteriori[24].

Y es que la generalidad de las constituciones presentan dentro de sus notas distintivas, la apertura, la vinculatoriedad y la sistematicidad, elementos importantes a tener en cuenta al momento de la interpretación de la misma. La Constitución es Derecho, Derecho con ambición de integrarse, ordenando la vida de la comunidad. "Es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y ha de informar todo el ordenamiento jurídico. Su naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, la cual no es una mera declaración programática o principal, ni siquiera en aquellos de sus enunciados más genéricos y abiertos o más ligados a contenidos de valor.

De igual manera, la fuerte presencia de principios generales, valores plurales y diversos en la

---

[20] Cfr. ATIENZA, Manuel. *Interpretación Constitucional*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2016, p. 125; asimismo, véase a GASCÓN ABELLÁN, Marina. "Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los Jueces?", en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, número 20,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 205.

[21] HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional...citada*, pp. 57 y 58.

[22] RAZ, Joseph. "Sobre la autoridad y la interpretación de las constituciones: Algunas consideraciones preliminares", *en Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 2, Nueva Época, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, p. 934.

[23] RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución...citada,* p. 1362.

[24] Una completa visión iusfilosófica de la discrecionalidad judicial es abordada por IGLESIAS VILA, Marisa. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, *passim*. Fundamental, BARAK, Aharon. *Discrecionalidad judicial*. (Trad. Lucas e. Misseri e Isabel Lifante Vidal). Palestra Editores. Lima, 2021, *in totum*. De manera más general, en nuestro trabajo GHAZZAOUI, Ramsis. "Interpretación constitucional y discrecionalidad judicial. Una aproximación desde el neoconstitucionalismo" en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*. Tomo II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019, pp. 1745-1770.

norma constitucional[25], puede generar que la interpretación de los jueces en sus decisiones esté orientada en sentidos opuestos, dependiendo de cuál de ellos elija. En efecto, una acentuada presencia axiológica acarrea considerables problemas relacionados con su concreción y con las pautas estimativas empleadas por los jueces para resolver los casos concretos. Y es que, teóricamente, las constituciones no son neutras desde el punto de vista axiológico; por ello, los jueces han de llevar a cabo un ejercicio hermenéutico tendiente a garantizar, maximizar y expandir sus postulados[26]. Es verdad que la llamada jurisprudencia "de valores" entraña siempre un peligro de quiebre de la certeza y previsibilidad inherentes al razonamiento jurídico, y que por ello, debemos estar precavidos frente a ella, pero esta advertencia no permite en modo alguno desechar la referencia a los valores que enuncia la propia Constitución[27]. Así pues, las decisiones de los jueces deben estar justificadas de tal forma que sean consistentes con esos valores que la norma constitucional propugna, y no, por el contrario, que dichas justificaciones encubran sus propias ideologías personales[28].

Al mismo tiempo, la Constitución vincula como marco, no como programa, para la acción de los poderes públicos. La Constitución es un conjunto de disposiciones abiertas, que limita, no sustituye, la capacidad de decisión del Estado democrático y cualquier otro entendimiento de la posición de la norma fundamental resulta inconciliable con el principio del pluralismo político, por lo que la misma se constituye en un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo, y que por tanto suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede legislar conforme a sus opciones políticas y criterios de oportunidad. Este criterio de amplitud, abierto, de numerosas formulas constitucionales, necesitadas de una ulterior concreción, desde la óptica de la justicia constitucional, encomienda a los tribunales constitucionales una tarea de creación del derecho para cada caso concreto, una tarea completiva, que es propia y elemental de la acción integradora de la Constitución a través del tiempo[29].

Esta función integradora en el tiempo, y la apertura de la Constitución, proyecta sus virtualidades sobre los tribunales constitucionales, cuya jurisprudencia puede y debe ser también un valioso instrumento de adaptación progresiva de determinados enunciados constitucionales a los cambios que vayan arraigándose en la conciencia social y en las demás condiciones que dan vida, en general, al contenido normativo de toda regla de Derecho. El expresidente del Tribunal Constitucional español Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, al referirse al tema de la apertura de la Constitución y al comportamiento del Tribunal Constitucional en relación a la concretización en el tiempo señala:

---

[25] La Constitución tiene una textura principal, predominando los principios y valores sobre las reglas. Sobre esta distinción entre reglas y principios, véase a DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 61-101; asimismo, confróntese a ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 63-149.

[26] Para Otto Bachof, lo que justifica en último término la aparición de tribunales constitucionales es, precisamente, la necesidad de hacer prevalecer un "orden de valores" anterior al Estado y a la propia Constitución, la cual se limita a reconocerlo y garantizarlo. *Vid*. BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución,* Taurus Ediciones, Madrid, 1963, pp. 35-39. Sobre el tema, con más profundidad, véase a SAGÜES, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 3-7. En similar sentido, tratando el tema de la interpretación constitucional mutativa y su legitimidad o ilegitimidad al momento de producirse una mutación constitucional SAGÜES, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*. Editorial Porrúa. México, 2017, pp. 71-76.

[27] En el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se enuncia que el Estado busca consolidar los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley, y en su artículo 2° se señala expresamente "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político." (Gaceta Oficial 5.908 extraordinario de 19 de febrero de 2009).

[28] Los valores constitucionales son normas (o en mejor sentido, siguiendo la teoría analítica del Derecho y a los realistas genoveses –Guastini, entre otros– disposiciones normativas), de las cuales se desprenden normas interpretativas de contenido programático que en cierta forma condicionan todo ejercicio hermenéutico hacia su mayor consolidación. Con provecho, remitimos a DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación...ob. cit.*, *passim;* asimismo a PAREJO ALFONSO, Luciano. *Constitución y valores del ordenamiento,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, *passim*. Sobre el tema de la diferenciación entre norma y disposición a la luz de la filosofía analítica, *vid*. GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar...obra citada*, pp. 77-87, con mayor profundidad GUASTINI, Riccardo. *Nuevos estudios sobre la interpretación* (Trad. D. Moreno Cruz*)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, *passim.*

[29] HÄBERLE, Peter. *Tiempo y Constitución. Ámbito público y jurisdicción constitucional*. (Trad. Jorge Luis León Vásquez). Palestra editores. Lima, 2017, pp. 23-63.

> Los tribunales constitucionales, a través de renovaciones periódicas de sus miembros, y mediante un prudente y equilibrado ejercicio del voto salvado o particular de sus Magistrados a sus sentencias y resoluciones, realiza o prepara también esta tarea de actualización de los enunciados constitucionales mediante la apertura de nuevas líneas doctrinales, llegando a matizar o, incluso, rectificar pronunciamientos anteriores. El voto particular o voto salvado disidente o discrepante, sea respecto del razonamiento que sirve de fundamento a una decisión, sea respecto del fallo mismo, es, además de manifestación de la independencia y libertad de los Magistrados y del pluralismo político e ideológico del Tribunal, el medio a través del cual el órgano jurisdiccional hace explícito hacia el exterior el debate interno y constituye la muestra más expresiva para conocer y comprender el proceso argumentativo de discusión colectiva seguido en el seno del Tribunal para llegar a la decisión jurisdiccional y un signo de vitalidad y rigor con que el Tribunal examina jurídicamente los problemas ante él planteados. El voto salvado facilita los futuros cambios de doctrina evitando así, lo que pudiera ser como un cambio brusco o abrupto del Tribunal en la interpretación constitucional y confirma el carácter evolutivo de la jurisprudencia (...) La función de la jurisdicción constitucional no es, por tanto, una tarea meramente exegética de la Constitución como si de una Ley cualquiera se tratara, sino interpretación creativa, de desarrollo e impulso de la misma, asegurando así su estabilidad ante cambiantes circunstancias y coyunturas históricas. El juez constitucional ha de resolver desde y según la Constitución y con argumentos jurídicos – entre los que incluyen, desde luego, invocaciones a los valores positivizados en ella – problemas políticos a cuyo embate o desafío la Constitución ha de ser resistente y cumplir una función integradora . (cursivas mías) [30].

En la misma línea el profesor ARAGÓN, Magistrado emérito del Tribunal Constitucional español, en referencia al valor de las decisiones de los tribunales constitucionales indica:

> ¿Eso quiere decir que la Constitución es exclusivamente lo que el Tribunal Constitucional dice que es? Sí y no -y entramos de nuevo en el ámbito de las contraposiciones conceptuales que son tan peligrosas. Sí, mientras no cambie su doctrina que ha de ser respetada por los operadores jurídicos oficiales, por los jueces, los tribunales y por la Administración, porque todos están vinculados a la doctrina del Tribunal, o mejor dicho, deben estar vinculados. Lo que no quiere decir que no pueda haber un apartamiento razonado; pero, en principio, hay una vinculación, porque si no hay una vinculación sufre el principio de igualdad en la aplicación de la Constitución. Y no, porque la Constitución no es, siempre y en cualquier caso, lo que el Tribunal Constitucional dice que es. No solamente porque el mismo Tribunal puede cambiar su doctrina, sino porque la Constitución no podría cumplir con éxito su función de ordenación pacífica de la convivencia, de garantía de la libertad, de preservación de la dignidad de la persona, es decir, los cometidos de la Constitución democrática, si no hay una alternativa intelectual constante a las interpretaciones del supremo intérprete, si no hay una crítica a las sentencias del Tribunal, si no hay posibilidad de abrirse, desde el punto de vista intelectual, a los cambios de doctrina o de responder a las nuevas circunstancias, o de corregir los propios errores. De ahí la importancia de la crítica solvente a las sentencias constitucionales y de ahí la importancia de los votos particulares que pueden emitirse en dichas sentencias. Pero eso es una cosa y otra bien distinta es negar el carácter vinculante de la interpretación efectuada por el órgano que la tiene atribuida con carácter supremo.

[30] RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. "Constitución y Tribunal Constitucional" en *Revista española de Derecho Administrativo*, número 91. Editorial Civitas. Madrid, 1996, pp. 370 y 371. En este sentido, ZAGREBELSKY se refiere a un *principio de continuidad jurisprudencial críticamente evaluada*, para quien los cambios jurisprudenciales y una evolución progresiva en la interpretación constitucional es legítima y saludable, pero atendiendo con prudencia y equilibrio a esos cambios, siempre de manera explícita, razonada y argumentada, para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación constitucional que al Tribunal compete, y también para no menoscabar la legitimidad del mismo. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Editorial Trotta. Madrid, 2014, p. 73 y ss. También, en su extraordinario opúsculo *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Editorial Trotta. Madrid, 2008, *in totum*.

> Por ello, para los operadores jurídicos (los aplicadores del derecho), esencialmente los jueces, lo que la Constitución es, es lo que el Tribunal Constitucional ha dicho que es[31].

Al mismo tiempo del carácter unitario y abierto, la Constitución es un sistema unitario, integrado, en el que cada precepto adquiere valor y sentido en función del conjunto (sistematización), de tal forma que la integridad de la norma fundamental y el orden por ella establecido quedaría menoscabo si cualquiera de sus prescripciones quisiera (a través de la interpretación) imponerse a costa de la unidad de la Constitución, sobreponiéndose a costa de la misma em otro u otros de sus preceptos. El derecho constitucional es un equilibrio de valores y bienes en tensión, que debe ser salvaguardado – no suprimido – por la interpretación constitucional, de modo que todos los contenidos constitucionales encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles[32]. En palabras de TOMÁS Y VALIENTE, la interpretación tiene que hacer servible la Constitución, proteger el poder constituyente objetivado en ella, lograr que dé respuestas a problemas no previstos expresamente, resolver ambigüedades y aún aparentes contradicciones acudiendo a una interpretación sistemática y a la noción de la Constitución como un todo. En definitiva, hacer resistente a la Constitución al devenir del tiempo de modo que haga innecesaria su reforma[33].

También, la problemática se acentúa como consecuencia de la posición de privilegio de los Tribunales Constitucionales, toda vez que están situados en la cúspide de la administración de justicia, lo cual, no sólo implica reconocer que tienen la última palabra sobre las más disímiles controversias[34], o que sus decisiones sean difícilmente controlables, sino, además, que gozan de cierta "supremacía hermenéutica", pues, marcan las sendas sobre cómo han de entenderse las normas constitucionales; asimismo, establecen "los límites de posibilidad de la interpretación" de las

[31] ARAGÓN REYES, Manuel. "Las singularidades de la interpretación constitucional y sus diferencias respecto de la interpretación de la ley: las sentencias interpretativas y sus modalidades" en *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la jurisdicción constitucional.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp. 320-334. Sin embargo, ARAGÓN es bastante crítico con respecto a la *interpretación evolutiva* (lo que para él "consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan"), poniendo énfasis en cuanto a sus límites. Así, en un conocido voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional español número 198/2012 del 6 de noviembre, referida al matrimonio entre personas del mismo sexo, el Magistrado Aragón Reyes afirmó: "En el segundo supuesto el de la interpretación evolutiva, no es la norma la que llama, para dotarse de eficacia, al "ser", pues como "deber ser" es perfecta, sino el intérprete el que, externamente, va adaptando su sentido, pero con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma (tenor literal, insisto, que es completo en si mismo), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacérsele decir a la norma lo contrario a lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello (...) Como bien se ha dicho en frase autorizada y respetada, "la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho", y ha de añadirse que tampoco es una hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete. La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional. La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone limites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución (...) Pues bien, con esa, que llama la Sentencia "lectura evolutiva de la Constitución", sobra la rigidez constitucional, sobra la garantía que, al servicio de la rigidez, significa el procedimiento de reforma e incluso sobra la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. El Tribunal Constitucional, entonces, en lugar de ser, como es, un poder constituido, pasaría a ser, como ya dije, un poder constituyente permanente. Como esto no puede ser así, por razones obvias, pues, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, pero no su supremo dueño...".

[32] HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional...obra citada, pp. 43 y ss. Aquí se asoma el criterio interpretativo de "unidad de la Constitución" y el de "concordancia practica", o por algunos mal asimilándolo a la "ponderación"; principio de concordancia práctica, principio de proporcionalidad y ponderación son tres conceptos diferentes uno de otro, al respecto véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo. Marcial Pons. Madrid, 2000, in totum. También en nuestro trabajo GHAZZAOUI, Ramsis. "El principio de proporcionalidad en la actividad de la Administración Pública" en Actas de la I Jornada de Derecho Constitucional Administrativo en Homenaje al Dr. Giovanni Nani. Universidad Arturo Michelena. Valencia, 2014, pp. 129 y ss.

[33] TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1993, pp. 86 y ss.

[34] Las razones históricas por las cuales poseen "la última palabra" están vinculadas, a juicio de Otto Bachof, con la desconfianza progresiva hacia el legislador. Cfr. BACHOF. Otto. Jueces y Constitución...citada, pp. 43-47.

restantes normas del ordenamiento jurídico[35].

Además, los Tribunales Constitucionales tienen un acusado carácter político[36], derivando de sus decisiones consecuencias "políticamente relevantes" [37] que generan tensiones entre Constitución y Democracia, lo cual da lugar al tema de la llamada "objeción democrática" o "dificultad

[35] Cfr. ATIENZA, Manuel. "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en Revista Isonomía, número 6, México, 1997, pp. 7 y 8. Atienza pone énfasis en la argumentación jurídica como mecanismo de limitación de las interpretaciones que rebasen el arbitrio y la discrecionalidad judicial. Vid. ATIENZA, Manuel. "Argumentación y Constitución", en AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan. Fragmentos para una Teoría de la Constitución, Iustel, Madrid, 2007, passim; igualmente, obsérvese a VIGO, Rodolfo Luis. Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, 2015, passim; también, confróntese a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial, Iustel, Madrid, 2005, passim. Esta particularidad sugiere que la interpretación constitucional responde a dos cuestiones separables, aunque relacionadas entre sí. Por una parte, puede hablarse de una interpretación "de" la Constitución en estricto sentido, que tiene como base la fijación, discernimiento y establecimiento de reglas o sub normas constitucionales a partir de los enunciados normativos encontrados en el texto mismo de la Constitución. Por otra parte, se puede hablar de una interpretación "desde" la Constitución, queriéndose con ello plantear los respectivos contrastes que pueden ser encontrados entre las normas constitucionales y las restantes normas (infraconstitucionales), o el juzgamiento de conductas, actos y comportamientos a partir de la propia Constitución. Sobre esta distinción remitimos a PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos...ob. cit., pp. 274-289.

[36] BACHOF argumentaba tempranamente que sería un error pensar en la interpretación constitucional proscribiendo reflexiones políticas, aludiendo a la polémica entre Hans Kelsen y Heinrich Triepel; Triepel alegaba en su famoso discurso rectoral de 1926 sobre derecho y política y el método en el Derecho Público, que éste último no podía practicarse "sin considerar el aspecto político". Sin embargo, en el mismo opúsculo, y en cierta medida en la posterior revisión de sus ideas, el profesor de Tubinga defendía claramente la labor jurídica del juez constitucional con estas palabras: "Únicamente a causa de consecuencias políticas no puede una Corte Constitucional negar su adhesión a la Ley. Pero puede ayudar en cierta medida al legislador, llamando su atención sobre las consecuencias nocivas de una legislación deficiente. Esto no sólo está en su competencia, sino que es su deber; es aquí donde se manifiesta y donde se confirma su doble función de tribunal y de órgano constitucional...En el conflicto entre derecho y política, el juez sólo está obligado ante el derecho." BACHOF, Otto. "El juez constitucional entre Derecho y Política" en Universitas. Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte, número 2, Vol. 4, Stuttgart, 1966, pp. 129 y 140. En semejante sentido BACHOF, Otto. "Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política" en Boletín Mexicano de Derecho Comparado número 57. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 1986, pp. 837-852. Sobre TRIEPEL, Heinrich. Derecho público y política. (Trad. José Luis Carro). Civitas, Editorial Revista de Occidente. Madrid, 1974, p. 40 y ss. La posición jurisdiccionalista de la justicia constitucional siempre ha tenido como base el temor a la politización de la misma, o mejor dicho, a su partidización, con la irremediable aniquilación de su independencia y neutralidad; de allí la insistencia sobre la importancia de la autorrestricción de los tribunales constitucionales, dada la delgada división entre lo político y lo jurídico. A partir de las ideas kelsenianas al respecto, en el derecho constitucional continental las posiciones son ya clásicas, al respecto, cfr. LEIBHOLZ, Gerhard. Problemas fundamentales de la democracia moderna. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile, 2019, pp. 47-54. FALLER, Hans Joachim. "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania" en Revista de Estudios Políticos, número 7. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1979, pp. 47-68. CRISAFULLI, Vezio. "Giusticia costituzionale e potere legislativo" en Scritti in onore a Costantino Mortati. Giuffre Editore. Roma, 1977, p. 130 y ss. CAPPELLETTI, Mauro. ¿Jueces legisladores? Communitas, Lima, 2010, p. 113 y ss. SCHNEIDER, Hans Peter. Democracia y Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991, pp. 58-63. El debate entre el judicial activism y el judicial restraint es un tema central en el Derecho Constitucional americano, entre muchas obras de importancia que tratan el tema: SUNSTEIN, Cass R. One Case at a Time. Judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge, Harvard University Press, 1999. Id. A Constitution of Many Minds. Princeton University Press, 2009. WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos (Trad. J.L. Martí Mármol y Á. Quiroga). Marcial Pons, Madrid, 2005; Id. Contra el gobierno de los jueces (Trad. Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virgüez Ruiz). Siglo veintiuno editores. Buenos Aires, 2018, p. 55 y ss. TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the Courts. Princeton University Press, 2000. Id. Constitucionalismo y judicial review. (Edit. Pedro Grández Castro). Palestra Editores. Lima, 2013. BARBER, Sotirios A. y FLEMING, James E. Constitutional interpretation. The basic questions. Oxford University Press, 2007. TRIBE, Laurence H. y DORF, Michael C. Interpretando la Constitución (Trad. J. Aliaga Gamarra). Lima, Palestra Editores, 2017.

[37] Vid. WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica...obra citada, p. 111 y ss.

contramayoritaria" [38].

Entre muchas, ésta se manifiesta, tanto en la pronunciada capacidad que poseen tales tribunales en asumir tareas de tipo "legislativo", especialmente a través de la creación de subnormas constitucionales cuando está en juego la defensa de los Derechos Fundamentales[39], como en su capacidad de tomar decisiones divergentes o contrarias a las que son tomadas por el legislador ordinario. Aquí, el dilema contramayoritario plantea que los jueces constitucionales no son elegidos popularmente y, sin embargo, pueden decidir en contra de las decisiones adoptadas por el legislador democrático, que es el órgano popular por excelencia[40].

Sobre esto hay que resaltar, no obstante, que la función del Tribunal Constitucional no es la de sustituir al legislador, que goza de una amplia e innegable libertad política. En efecto, una teoría de la interpretación que descanse en una teoría constitucionalmente "adecuada", debe evitar la ilegítima usurpación de la judicatura constitucional en las funciones del legislador democrático, por ser contraria al orden constitucional y, también, a la seguridad jurídica[41].

Esto, como afirma LUCAS VERDÚ[42], hace concebir a la interpretación constitucional como una actividad "mucho más ardua y grave que la propia del derecho privado", pues, el juzgamiento de los temas constitucionales es susceptible de generar roces entre los órganos del Poder Público. A su vez, ello conlleva al tema de la determinante cuestión sobre la naturaleza política, jurídica, o mixta de los tribunales constitucionales y, consecuentemente, el carácter político, jurídico o mixto de la propia interpretación constitucional[43].

De ahí, que el juez constitucional deba realizar su función en el marco de una separación rigurosa entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad. Es cierto que debe sopesar las consecuencias político-constitucionales de sus resoluciones, pero ello no tiene

---

[38] Una muy completa aproximación a la "objeción democrática" o "dificultad contramayoritaria" puede encontrarse en: RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego Moreno. Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011, in totum. GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición. Quito, 2012. Id. "La dificultosa tarea de la interpretación constitucional" en Teoría y critica del Derecho Constitucional. Roberto Gargarella (coordinador). Tomo I, Democracia. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 123-148. FERRERES COMELLA, Víctor. Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 139 y ss. Id. "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas" en Justicia constitucional y democracia, Actas de la XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tribunal Constitucional, Madrid, 2011, pp. 13-42. HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, Liborio, "Derechos, democracia y justicia constitucional" en Justicia constitucional y democracia, Actas de la XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tribunal Constitucional, Madrid, 2011, pp. 110-126. BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos "Derechos, democracia y Constitución" en Constitución: problemas filosóficos. (Edit. Francisco J. Laporta). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003, pp. 399-419. Del mismo autor, con matizaciones al anterior trabajo y con mas profundidad "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo" en Constitución y derechos fundamentales (Coord. Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Paramo, Francisco J. Laporta y Luis Prieto Sanchís). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004, pp. 67-138. RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Constitucionalismo y democracia" en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho número 21, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2004, pp. 51-84. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. "Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia" en MORA SIFUENTES, Francisco M. (Coordinador), Democracia, ensayos de filosofía política y jurídica. 2da. edición, Editorial Fontamara, México, 2017, pp. 171-200. Sobre este tema es capital los ensayos recogidos bajo el título "Poder judicial y neoconstitucionalismo" en el libro coordinado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, El canon neoconstitucional, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 285 y ss. y la clásica obra de BICKEL, Alexander M. La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política. (Trad. Mario A. Zamudio Vega). Fondo de Cultura Económica. México, 2020, in totum. En Venezuela, CASAL, Jesús María "Respuestas del legislador ante la interpretación de la constitución efectuada por la jurisdicción constitucional" en Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano 2015, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, pp. 299-318.

[39] Cfr. ALONSO GARCÍA, Enrique. La interpretación de la Constitución...citada, pp. 2-6; igualmente, véase a AJA, Eliseo. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Ariel Derecho, Barcelona, 1998, p. XXIX.

[40] Sobre este tema confróntese a ELY, John Hart. Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional (Trad. M. Holguín), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007, passim.

[41] El legislador no es un simple ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta; sus interpretaciones son, principalmente, políticas, es decir, admiten diferentes maneras de entender el texto constitucional. Al respecto, véase a RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución...obra* citada, p. 1354.

[42] LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político, Tomo II,* Tecnos, Madrid, 1986, p. 530.

[43] Sobre esta discusión, entre otros, remitimos a SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales,* Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, *passim*; también, a AHUMADA RUIZ, Marian. *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, *passim.*

por qué conducirle, necesariamente, a una solución política, ya que la teoría ofrece medios (la "ponderación imparcial", "el interés más fundamental"; el "principio de mayor convicción"; los criterios de "racionalidad-razonabilidad"; entre otros) para que esa resolución se adopte de manera que no quiebre la certeza y la previsibilidad, es decir, para que se adopte de manera jurídica[44]. La delgada línea de separación entre una solución política y jurídica no está en la escogencia de un método deductivo para tomar una decisión, sino más bien en los modos de fundamentación y argumentación de esas decisiones[45].

Observamos entonces, que el núcleo problemático de la interpretación constitucional estriba en que se trata de un ámbito en el que, eventualmente, podría permitir la toma de decisiones indiscriminadas, o ser particularmente propenso para un juego de manipulaciones. La poca información normativa de las cláusulas constitucionales, junto a la presencia plural de valores y el juzgamiento de temas políticamente relevantes, abona fácilmente el terreno para que en este ámbito se presente, más que en otros, una lucha ideológica entre sus principales actores y la tentación de convertir la Constitución en un instrumento puesto al servicio de intereses personales y parcializados, en lugar del instrumento jurídico para realizar la justicia que en realidad es.

Hay que hacer énfasis, por ello, que la posición de intérprete último de la Constitución del Tribunal Constitucional, no significa que esté por encima de la Constitución; se encuentra subordinado a ella, a la cual, es dable decir, debe su existencia. El cometido de la interpretación constitucional es hallar el resultado constitucionalmente "correcto", a través de un procedimiento racional y controlable; resultado éste que debe estar fundamentado de modo igualmente racional y controlable, para crear, de esa manera, certeza y previsibilidad jurídica[46].

En este sentido, como señala ARAGÓN, el "carácter indisponible del parámetro de ese control" se corresponde con el "carácter objetivado del canon de valoración" y con la existencia de "criterios predeterminables de composición de ese canon", a fin que su aplicación por los jueces no se convierta en un acto de libre decisión, sino de decisión sometida a reglas conocidas y generalmente aceptadas. Si bien la jurisprudencia es fuente del derecho, ello no significa, por sí solo, la negación del "carácter indisponible del parámetro de control", siempre que la actividad creadora esté sujeta a unos principios jurídicos materiales que le vienen dados (y en tal sentido son objetivos) y a un modo de interpretar y razonar (principios formales) que tampoco están a su libre disposición[47].

Para el citado autor, entonces, no es posible interpretar la norma constitucional sin una previa teoría de la Constitución, que no puede ser otra que la que descanse en un concepto de "Constitución auténtica", o lo que es lo mismo, de "Constitución democrática", en el marco de la cual la tarea interpretadora encuentra su "objetivación", ya que es allí donde, justamente, se encuentran las categorías "contrastables" para su ejercicio y los límites jurídicos que impiden la libertad política de "valoración" [48].

2 ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Como ha podido verse, son muchas las peculiaridades de la Constitución respecto del resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico. Así, entre tantas otras, tenemos: i) su condición de norma superior; ii) procede de un órgano político normativo también superior: el poder constituyente; iii) opera con formas y solemnidades particulares; iv) tiene un propósito de duración perpetua; y v) su reforma sólo puede llevarse a cabo cumpliendo determinados procedimientos. También, la condición general de sus enunciados, vale decir, el contenido de sus preceptos (de significado abierto, poco concretos, abstractos), le diferencia de la típica estructura que caracteriza a las demás normas jurídicas: establecimiento de supuestos de hecho con su consiguiente consecuencia jurídica[49]. Igualmente, la Constitución configura el cauce, el marco, el límite a la actuación tanto de los particulares como de los poderes públicos, especialmente del legislador, al tiempo que contiene mandatos de actuación positiva de esos poderes públicos. Asimismo, la politicidad de la norma constitucional, entendida como la conexión de los diversos sujetos, grupos,

---

[44] *Ibídem*, p. 166.

[45] KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. Duncker & Humblot, 2da. Ed., Berlín, 1976, citado por DE OTTO Y PARDO, Ignacio. "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional" en *El Tribunal Constitucional*. Vol. III. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1981, p. 1945. Aquí cabe recordar la afirmación de Manuel GARCÍA PELAYO: "en el Derecho Público predomina la legalidad, mientras que en la Política predomina la oportunidad, la razón de Estado" en el texto "Derecho Público" ubicado en *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 2311 y ss.

[46] *Vid.* HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional...citada*, p. 58.

[47] Sobre lo explanado, remitimos a ARAGÓN, Manuel, *Constitución, democracia y control*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 88, México, 2002, pp. 146 y 147.

[48] *Ídem*, pp. 163-165.

[49] Hay que destacar que es una diferencia cuantitativa, pues, el Derecho ordinario no desconoce las cláusulas abiertas, elásticas; tampoco el Derecho constitucional carece de mandatos precisos y terminantes.

intereses y órganos que manifiestan el poder del Estado, configura otra de las notas características de la Constitución[50].

Por todo ello, se plantea si la interpretación de la Constitución debe ser realizada conforme a las técnicas hermenéuticas generales, comunes a todos los sectores del ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, debe recurrirse a técnicas específicas, elaboradas especialmente para adaptarse a las peculiaridades de las normas constitucionales. En este sentido, hay posiciones que consideran que, si bien existe una clara especificidad de las normas constitucionales, la misma no es extensible a lo que respecta a la interpretación constitucional. Otro sector, en posición divergente, parte de una necesaria especialidad de la interpretación constitucional que, si bien no está desvinculada en su totalidad de la teoría jurídica general, ya que comparte sus principios básicos, sí comporta una hermenéutica particular[51].

Conviene precisar en todo caso que, en un sistema de construcción democrática, esto es, pluralista, la interpretación de la Constitución no puede ser distinta a la interpretación del Derecho, ni, viceversa, la interpretación del Derecho no puede ser distinta a la interpretación de la Constitución, al ser ésta el resultado de la integración de intereses y valores abierto a la sociedad y al ordenamiento.

Para PRIETO SANCHÍS[52], la interpretación constitucional constituye una modalidad de la interpretación jurídica y, por ello, comparte muchas de las dificultades y técnicas que caracterizan a la doctrina general de la interpretación; no obstante, presenta discrepancias no solo en las peculiaridades de su objeto, sino también, en las funciones que generalmente se les atribuyen a los órganos encargados de realizarla.

Como primer sujeto cualificado para determinar el contenido de esas cláusulas abiertas, desarrollarlas o complementar su significado, está el Legislador, quién, para ello, y como ya se he dicho, goza de una amplia libertad política; por otro lado, está el Tribunal Constitucional, encargado de juzgar los casos en que aquél (el legislador) traspasa los límites de la Constitución en su interpretación o desarrollo. Y es que pueden darse varias lecturas de la norma constitucional, donde el legislador, efectivamente, es el primer sujeto legitimado para optar por una u otra; sin embargo, no puede llevar a cabo cualquier lectura, ya que la particularidad de la disposición constitucional no implica que carezca de contenido normativo o que no exista carácter vinculante en ella[53].

Por ello, como expresa RUBIO LLORENTE, "todo conflicto constitucional es pura y simplemente el enfrentamiento de dos interpretaciones, la del legislador y la del juez. Aquélla tiene la inmensa autoridad de la representación popular; ésta no puede recabar para sí otra que la que procede del Derecho, es decir, y esto es lo decisivo, de un determinado método de interpretar los preceptos jurídicos, especialmente los preceptos constitucionales, cuya estructura necesaria, sin embargo, se presta mal a la interpretación con las herramientas habituales del jurista" [54].

Por su parte, GUASTINI cuestiona si la interpretación constitucional, realmente, constituye un tipo especial de la interpretación jurídica, al considerar que, "en un sentido importante, la interpretación constitucional no presenta ninguna especificidad en relación a la interpretación de cualquier otro documento jurídico" [55]. En este sentido, el mencionado autor expresa que la especificidad de la interpretación constitucional ha sido entendida de dos modos distintos, a saber: como "tesis descriptiva" y como "tesis prescriptiva".

i) Tesis descriptiva: Bajo esta concepción, la distinción con respecto a la interpretación de la ley se presenta bajo tres diferentes aspectos:

a) Los intérpretes, también llamados agentes de la interpretación;

b) Los problemas de la interpretación y;

c) Los métodos interpretativos.

De esta manera, se considera que la Constitución, a diferencia de otras normas del ordenamiento jurídico, está sujeta a la interpretación de distintos agentes, que no son los mismos que corrientemente efectúan la interpretación legal; también, que los textos constitucionales presenten problemas disímiles de los ordinarios que se suscitan de la interpretación de las leyes; por último, que en la interpretación de la Constitución debe recurrirse a técnicas interpretativas específicas, diferentes o

[50] Vid. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional", en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, número 37, México, 2016, pp. 14 y 15.

[51] Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico...obra citada, pp. 38 y 39.

[52] Al respecto, confróntese a PRIETO SANCHÍS, Luis, "Notas sobre la interpretación constitucional", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 9, Madrid, 1991, p. 176.

[53] Sobre lo expuesto, véase con provecho a DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional"...citada, pp. 13 y 14.

[54] RUBIO LLORENTE, Francisco, La forma del poder. Estudios sobre la Constitución...obra citada, p. 1355.

[55] GUASTINI, Riccardo, Lecciones de Derecho Constitucional...ob. cit., p. 187.

complementarias a las que comúnmente se emplean en la interpretación de las leyes.

ii) Tesis prescriptiva: Bajo esta tesis, la especificidad de la interpretación constitucional tiene lugar en atención a los argumentos que se indican seguidamente:

a) La vaguedad e indeterminación de sus preceptos, que no se limitan a formular reglas, sino que proclaman valores, establecen principios y diseñan programas políticos para los legisladores y gobernantes, hace que la Constitución tenga una doble peculiaridad: i) por su contenido, al prever principios y valores antes que las reglas; ii) por su formulación, ya que las disposiciones de principio y programáticas presentan una amplia indeterminación;

b) Por su objeto, al regular relaciones políticas entre los órganos del Estado, entre el Estado y los ciudadanos, e indirectamente, entre los partidos, la interpretación de la Constitución exige un método capaz de adaptar el contenido normativo del texto a los cambios que experimentan las relaciones reguladas y;

c) Que, a diferencia de las leyes, la Constitución está diseñada para durar mucho más tiempo, ya que debe dotar a los poderes públicos de una organización estable, como también las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Además, su enmienda o sustitución comporta una mayor dificultad, debiendo ser interpretadas de tal manera que puedan adaptarse a los cambios de la sociedad, aun en ausencia de revisiones constitucionales[56].

En todo caso, la importancia de todo lo expuesto radica en determinar si la vinculación de los diversos criterios y elementos (los comunes y los específicos), configura realmente un método de la interpretación constitucional, o si éste debe estar regido por una característica y un modo de actuar único. De ahí, que consideramos necesario referirnos (de forma puntual, ya que excedería los parámetros de este trabajo) a las distintas teorías que sobre la interpretación constitucional se han formulado, para, posteriormente, hacer mención a los métodos y principios que existen al respecto.

3 TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Hemos tenido oportunidad de expresar que la interpretación jurídica consiste en una actividad mediadora, cuya finalidad es atribuir o determinar el significado de un texto normativo. También, hemos sostenido que la normatividad de la Constitución no sólo es un factor determinante de la configuración del Derecho, sino, además, de la interpretación de éste. Es decir, que no sólo el Derecho debe ser interpretado adecuadamente con la Constitución, sino también, que la actividad interpretativa debe ser congruente con la Constitución. Toda teoría de la interpretación, entonces, supone necesariamente una teoría constitucional de la interpretación, ya que sólo así es jurídicamente viable[57].

Para GUASTINI, una teoría de la interpretación consiste, en líneas generales, en lo siguiente: i) en elaborar un concepto de interpretación; ii) en la descripción de las prácticas interpretativas que existen en una determinada cultura jurídica; iii) en el análisis lógico de los enunciados interpretativos; iv) en identificar los distintos tipos de interpretación (en abstracto y en concreto; cognitiva, decisoria, creadora; doctrinal, judicial, auténtica; etc.); v) en el análisis lógico de la argumentación de la interpretación (relativo a los métodos interpretativos empleados, o, en todo caso, los más importantes); vi) en el análisis lógico de las diferentes formas y técnicas de construcción jurídica[58].

En este sentido, en el pensamiento jurídico moderno encontramos tres concepciones principales de la interpretación, a saber: i) Teoría Lingüística o Literalista; ii) Teoría Intencionalista o Volitiva; y iii) Teoría Axiológica o Material.

i) TEORÍA LINGÜÍSTICA O LITERALISTA.

Para las doctrinas de la interpretación que encajan bajo ese rótulo, la norma constitucional, como cualquier otro texto jurídico, encuentra su realidad en la propia condición de sus enunciados lingüísticos, en donde la actividad interpretativa consiste en desentrañarlos, aclararlos semánticamente a fin de dilucidar su significado. Tales enunciados poseen una dimensión sintáctica, semántica y pragmática, por lo que la tarea interpretativa se halla inmersa en el propio texto[59]. En este sentido, la interpretación literal no obtiene de la disposición interpretada ninguna norma implícita, como tampoco excepciones igualmente implícitas; es decir, excluye la posibilidad de que de una determinada disposición se obtengan normas ulteriores en relación con aquellas en las que literalmente se expresa[60].

---

[56] Sobre las tesis explanadas, remitimos con provecho a GUASTINI, Riccardo, Interpretar y argumentar...obra citada, p. 303 y ss.

[57] Al respecto, VIEHWEG sostiene que sólo una teoría del Derecho de acuerdo con la Constitución puede proporcionar con éxito la base de la dogmática jurídica. Vid. VIEHWEG, Theodor, "La filosofía del Derecho como investigación básica", en Tópica y filosofía del Derecho, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 44.

[58] Cfr. GUASTINI, Riccardo, Interpretar y argumentar...obra citada, pp. 345 y 346.

[59] Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "La Interpretación Constitucional" ...citada, pp. 38 y 39.

[60] Vid. GUASTINI, Riccardo, Lecciones de Derecho Constitucional...obra citada, pp. 209 y 210.

ii) TEORÍA INTENCIONALISTA O VOLITIVA

Bajo esta teoría, los enunciados son el medio por el cual se expresan ciertos contenidos de voluntad o intenciones, que son los que realmente constituyen el componente último del sentido de las normas; el texto, así, es simplemente el vehículo de esas intenciones. De ahí que, en última instancia, la actividad interpretativa consista en averiguar y poner de relieve el contenido de tal intención, la cual no será otra que la del autor, la del creador de la norma, de aquella o aquellas personas que la dictaron. A diferencia de la anterior teoría, y si bien el texto es el punto de partida, esta tesis no se limita a aclarar el significado de la norma, sino que busca conocer lo que su autor quiso decir al momento de promulgarla. El enunciado normativo es el objeto de la interpretación, pero la materia prima del derecho, aquella de la cual la norma adquiere su sentido, es esa intención o contenido de voluntad del constituyente.

Hay que destacar, que en el debate norteamericano sobre la interpretación constitucional, esta tesis generó una importante corriente denominada "originalismo", bajo la cual se sostiene que la interpretación de la Constitución norteamericana ha de ceñirse a lo que pensaron y quisieron los "padres fundadores" de dicha constitución; esto es, se recurre a la fuente que generó la Constitución, y no al texto en sí mismo. Bajo esta concepción, se trata de averiguar la solución que darían los fundadores a un problema actual.

Al respecto, DWORKIN considera como "tonto" valorar como representativas de la moderna sociedad de los Estados Unidos, aquellas opiniones de quienes votaron por la Constitución hace más de doscientos años, como también, considera perverso negar a dicha comunidad la posibilidad de cambiar su sentido público de propósito[61].

De igual manera, se argumenta en contra del originalismo la dificultad que representa localizar y determinar sin equivocidad esa intención primigenia de los "padres fundadores"; asimismo, que tal teoría deja de lado al sistema de fuentes, toda vez que niega la validez de buena parte de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Estadounidense; también, niega una realidad constitucional, como lo es, que sus enunciados son, generalmente, abiertos, elásticos, indeterminados. Este conjunto de razones, entre muchas otras más, tal y como sostiene BELTRÁN[62], no permiten sostener a la interpretación original como una interpretación real; es conceptualmente imposible, toda vez que busca detener el tiempo, evitando los cambios sociales que plantean situaciones que exigen respuestas a problemas jurídicos actuales.

La teoría intencionalista es criticada, también, por el dilema que plantea la idea de precisar una voluntad colectiva, como lo es la del constituyente, lo cual conlleva la tarea de recurrir a datos, documentos e indicios históricos, en el entendido de que esos trabajos preparatorios estuviesen documentados[63], lo que, a su vez, comporta una mayor complejidad cuando se trata de textos constitucionales de considerable antigüedad (décadas o, incluso, siglos).

iii) TEORÍA AXIOLÓGICA O MATERIAL

Para esta teoría interpretativa la Constitución es considerada, en su fondo y realidad última, un orden objetivo de valores, que establece una prefiguración ideal y permanente de los "mundos jurídicamente posibles". Esta teoría parte de la premisa de la existencia, tanto de una Constitución formal como de una Constitución material, donde el constituyente viene a ser el mediador por el cual ese orden valorativo de fondo se plasma en el texto constitucional, debiendo efectuarse la interpretación en relación con las palabras empleadas por el constituyente y los valores que alimentan y dan sentido a su obra[64].

De esta manera, las posibles interpretaciones que pueden efectuarse a los enunciados constitucionales, vienen acotadas por una doble dirección; la primera, que no cabe atribuirles cualquier significado posible dentro del marco de su indeterminación, ya que hay cosas que la Constitución no puede significar aunque parezca decirlas; de otra parte, que pueden atribuirse significados que no estén expresamente previstos en ningún enunciado, bien de modo manifiesto o bien porque semánticamente no sea posible, ya que la Constitución sería lo que dice (o parte de lo que dice) más aquello que calla. En consecuencia, la axiología o la política (pero siempre la metafísica) reemplazan a la semántica; lo indeterminado se convierte en determinado, por imperativo material, y lo lingüísticamente determinado puede resultar erróneo y necesitado de corrección por su no correspondencia con la realidad (metafísica); los guardianes de la Constitución son guardianes del orden debido, que puede no coincidir con el orden expresamente estipulado. La Constitución, y el ordenamiento positivo todo, se hacen dúctiles en nombre de la firmeza de los valores rígidos. El derecho, entonces, es un sistema de valores, por lo que el sentido o contenido de las normas

[61] Vid. DWORKIN, Ronald, El imperio de la justicia, Gedisa, Barcelona, 1986, p. 258.
[62] Sobre las críticas expuestas en contra del originalismo, véase ampliamente a BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, Originalismo e interpretación. Dworkin vs Bork, una polémica constitucional, Civitas, Madrid, 1989, passim.
[63] Cfr. GUASTINI, Riccardo, Interpretar y argumentar...obra citada, p. 371, nota 8.
[64] Vid. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "La Interpretación Constitucional" ...citada, pp. 70 y 71.

jurídicas que la interpretación aclara o precisa tiene un carácter valorativo objetivo, que da su razón de ser a cada norma, a cada rama del ordenamiento y al ordenamiento jurídico en su conjunto[65].

Además de lo expuesto sobre las teorías de la interpretación constitucional, consideramos de importancia hacer referencia a las expuestas por GUASTINI, quien las distingue bajo las acepciones que seguidamente indicamos: i) teoría cognoscitivista; ii) teoría escéptica; y iii) teoría ecléctica[66].

i) TEORÍA COGNOSCITIVISTA

Según esta teoría, también llamada "formalista", la interpretación es un acto de descubrimiento o de conocimiento del significado. Presupone la existencia de un único y conocido sentido de la norma. Aquí, el significado de la norma se considera incorporado en el propio texto, por lo que está preconstituido respecto de la interpretación, admitiendo, entonces, una sola interpretación verdadera. Todas las restantes interpretaciones resultan falsas y toda cuestión de derecho es susceptible de una única solución correcta. Los enunciados interpretativos bajo esta teoría son de discurso descriptivo, como tales, verdaderos o falsos[67].

A su vez, dicha teoría es entendida bajo dos concepciones principales: La primera, que considera que el significado de la norma es de carácter objetivo, correspondiendo al uso común del lenguaje, esto es, a las reglas semánticas y sintácticas generalmente aceptadas en la comunidad lingüística de referencia; por otro lado, encontramos la teoría según la cual el significado de la norma tiene un carácter subjetivo, es decir, que se corresponde a la voluntad o intención de la autoridad normativa[68].

ii) TEORÍA ESCÉPTICA

Llamada también teoría "realista", considera que la interpretación no es un acto de conocimiento, sino de elección, por tanto, de voluntad. Para esta teoría la norma no tiene un único significado objetivo preconstituido, sino que la atribución del significado es fruto de la discrecional decisión del intérprete, especialmente de aquél que ejerce en última instancia, del que nadie puede contradecir sus decisiones interpretativas. Esta teoría, también, comporta dos variantes, a saber: i) una primera variante denominada como "moderada", conforme la cual la norma constitucional es susceptible de interpretaciones "sincrónicamente conflictivas" y "diacrónicamente mutables", en donde la pluralidad de significados posibles no deviene de la ambigüedad - semántica o sintáctica - de las formulaciones normativas, sino de la variedad de métodos interpretativos, de tesis dogmáticas elaboradas por la doctrina y de las preferencias de los intérpretes. La segunda variante, llamada "extrema", considera que la norma no tiene ningún significado antes de la interpretación, esto es, que no preexiste a la interpretación, sino que es su resultado. La norma, entonces, no es exactamente derecho, sino sólo fuente de derecho; el derecho, así, no es creado por el legislador, sino por el intérprete, especialmente el de última instancia, quien tiene la libertad de atribuirle cualquier significado[69].

Esta última variante es criticada, ya que si bien el significado de un enunciado es con frecuencia controvertido (equívoco, vago), ello no quiere decir que no exista en absoluto; precisamente porque existe una concepción del mismo, así sea prima facie, es lo que produce su discusión. También, es insostenible que el único creador de la norma sea únicamente su intérprete último. Además, la interpretación tiene límites conceptuales, no pudiendo atribuirse cualquier significado a la norma, sino aquél admitido por los usos lingüísticos, por los métodos interpretativos y por la dogmática existente[70].

iii) TEORÍA ECLÉCTICA.

También denominada como teoría "intermedia", busca conciliar, oponiéndose a ambas, las anteriores concepciones, al sostener que la interpretación, según las circunstancias, a veces puede ser un acto de conocimiento, a veces un acto de voluntad. Al igual que las teorías anteriores, también presenta dos variantes; la primera, plantea que dentro del significado de todo enunciado normativo existe un núcleo de significado estable y aceptado, al tiempo que una penumbra de incertidumbre. De esta manera, la interpretación será un acto de conocimiento cuando se trate de decidir la calificación jurídica de una norma cuyo enunciado sea de claro entendimiento, mientras que obedecerá a un acto de voluntad cuando la calificación jurídica sea de dudosa o difícil resolución. Dicho de otro modo, ante un caso claro, ubicado en el núcleo de significado aceptado de la formulación normativa, el intérprete ha de limitarse a descubrir ese significado objetivo; en caso contrario, ante un supuesto dudoso (no incluido ni excluido claramente del campo de aplicación de la norma), el intérprete podrá decidir discrecionalmente su significado. Así, desde la perspectiva de esta variante, la teoría cognoscitivista obvia la textura abierta de la norma constitucional que posibilita e impone al intérprete varias elecciones; mientas que la teoría escéptica, por

[65] *Ídem*, pp. 71 y 72.
[66] Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar...obra citada*, p. 346.
[67] *Ídem*, pp. 347 y 348.
[68] *Ibídem*, p. 360.
[69] *Ídem*, pp. 350-352.
[70] *Loc. cit.*, pp. 362 y 363.

su parte, olvida la existencia de reglas lingüísticas compartidas e incontestadas que determinan inequívocamente y hacen cognoscible el núcleo de significado de toda expresión del lenguaje[71].

La otra variante de esta teoría plantea una diferenciación, no entre casos difíciles y fáciles, sino entre textos claros y unívocos, y textos equívocos y oscuros. Así, la norma puede ser clara y unívoca, esto es, provista de un significado cierto y reconocible; como de significado equívoco y oscuro, susceptible de interpretaciones diferentes y conflictivas. En consecuencia, cuando no hay dudas sobre el significado de la norma, la interpretación será un acto de conocimiento; en caso de dudas o discusión sobre su significado, la interpretación es considerada como un acto de voluntad[72].

Más allá de las distinciones señaladas, para el citado autor (GUASTINI) la discusión teórica se reduce a dos oposiciones principales, como son: i) Por un lado, la oposición entre una doctrina "literalista" y una doctrina "intencionalista"; y ii) Por otro lado, la oposición entre una doctrina "estática" y una doctrina "dinámica". Además, las doctrinas indicadas en el primer literal pueden ser combinadas con una de las abarcadas en el otro literal, dando lugar, así, a subsiguientes variedades[73].

i) DOCTRINA LITERALISTA - DOCTRINA INTENCIONALISTA

La doctrina "literalista", considera que los textos normativos deben ser interpretados al pie de la letra, esto es, conforme las reglas sintácticas y semánticas de la lengua en que son expresados. No obstante, debe destacarse que la interpretación literal no siempre da lugar a un significado único y uniforme, en virtud que un texto normativo puede admitir dos o más interpretaciones, que sean igualmente literales, pero distintas e incompatibles[74].

Por su parte, la doctrina "intencionalista" sostiene que el significado de los textos normativos debe corresponder con la intención (o voluntad) de la autoridad normativa que la dictó (el constituyente, el legislador, etc.). Al respecto, se resalta que en los ordenamientos actuales la autoridad normativa - generalmente - es colegiada y no un órgano monocrático, lo cual dificulta descifrar la genuina intención de dicha autoridad normativa en el seno de una multiplicidad de intenciones personales eventualmente manifestadas por quienes han participado, de formas disímiles, en la redacción y aprobación del texto normativo que se trate[75].

ii) DOCTRINA ESTÁTICA - DOCTRINA DINÁMICA

La doctrina estática no aboga por un determinado método de interpretación, sino, más bien, por un particular producto de la interpretación, independientemente de la técnica empleada para argumentarlo, el cual ha de ser estable, esto es, que a cada texto normativo se le atribuya siempre el mismo significado, o que, en todo caso, se entienda que el texto expresa siempre la misma norma. En otras palabras, que no se cambien las orientaciones interpretativas ya consolidadas. Esta doctrina defiende una visión conservadora en materia de interpretación, partiendo de la premisa que la estabilidad de la interpretación garantiza la certeza del derecho, vale decir, previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales[76].

En contraposición, la doctrina dinámica es favorable a los cambios interpretativos de los textos normativos, aunque estén consolidados, y especialmente aquellos de vieja data, con la finalidad de adaptarlos a las nuevas y actuales circunstancias. Esta doctrina favorece la llamada interpretación "evolutiva", por medio de la cual se busca remediar el envejecimiento de los textos normativos, o, en el caso de la Constitución, su falta de reforma[77].

iii) VARIANTES DE LA DOCTRINA LITERALISTA

Tal y como ya hicimos mención, la doctrina literalista puede ser combinada, tanto con la doctrina estática como con la doctrina dinámica, dando lugar, así, a dos variantes del literalismo. En este sentido, al fusionarse con la doctrina estática da lugar a una variedad del llamado "originalismo", según el cual, a los textos normativos, especialmente el constitucional, debe atribuírsele su significado literal "histórico", esto es, el que tenían para el momento en que fueron redactados y aprobados. Por otro lado, al combinarse con la doctrina dinámica, se pretende que a los textos normativos le sea adjudicado el significado literal actual, vale decir, el que corresponde en el momento en que son interpretados. Para el autor, este tipo de interpretación favorece la llamada interpretación evolutiva[78].

iv) VARIANTES DE LA DOCTRINA INTENCIONALISTA

Al igual que la doctrina literalista, la doctrina intencionalista puede combinarse con la doctrina

[71] Ídem, pp. 353 y 354.
[72] Ibídem, p. 355.
[73] GUASTINI, Riccardo, Interpretar y argumentar...obra citada, p. 309.
[74] Ibídem, p. 371.
[75] Ídem, p. 372.
[76] Loc. cit., p. 373.
[77] Ibídem, p. 373.
[78] Op. cit., pp. 374 y 375.

estática y dinámica, dando lugar, también, a dos variantes disímiles del intencionalismo. Así, al combinarse con la doctrina estática, surge una segunda variante del originalismo, conforme la cual ha de atribuirse al texto normativo la intención del constituyente, toda vez que parte de la idea de que tales textos no incorporan otro significado que el pretendido por su autor. Por su parte, al ser combinada con la doctrina dinámica, surge la tesis que sostiene que la intención del constituyente no está revelada en el texto normativo por una sola vez y por siempre; la intención de quien dicta la norma no es aquella que aparece expresada en sí misma en el texto, sino que obedece a su razón de ser, es decir, la finalidad que el constituyente persiguió, el valor o principio subyacente en la norma[79].

4 MÉTODOS Y PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En nuestra cultura moderna se exige que las decisiones interpretativas se hallen motivadas, es decir, que se ofrezcan las razones que llevaron al intérprete a determinar el contenido de la norma jurídica. En este sentido, los "métodos" o las "técnicas" de interpretación no son otra cosa que el conjunto de razones que, dentro de una cultura jurídica determinada, se pueden ofrecer en favor de la interpretación elegida[80], la cual, valga señalar, no se trata de una elección casual o arbitraria, sino de la integración de aquellos instrumentos hermenéuticos necesarios para dotar a las normas de sentido[81].

Con carácter general, se siguen en la interpretación constitucional los criterios o reglas tradicionales desarrollados por SAVIGNY[82], que operan conjuntamente en aras de la correcta interpretación de la norma, como son: i) gramatical; ii) sistemático; iii) histórico; y iv) teleológico.

i) Criterio gramatical

Este método interpretativo está basado en el sentido propio de las palabras, es decir, la dicción literal del texto. Su fiabilidad deviene de preceptos cuya dimensión lingüística es clara y terminante, pues, como ha expresado el propio Tribunal Constitucional español, solo cabe "una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto, cuando existe ambigüedad o cuando la ambigüedad puede derivar de conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales"[83]. Por ello, dada la peculiaridad de la redacción de la Constitución, con una elevada frecuencia de términos generales y ambiguos, este criterio literal o gramatical se muestra insuficiente en la labor interpretativa, al ser decisivo solo en casos excepcionales[84].

ii) Criterio sistemático.

Estudia la conexión entre las diferentes proposiciones normativas que forman parte de un mismo "juego del lenguaje" [85]. Dicho criterio, en sentido amplio, engloba tres argumentos. En primer lugar, el argumento a coherentia, en donde la interpretación de los enunciados no puede expresar normas incompatibles; en segundo término, el argumento sedes materiae, por el cual se atribuye un significado normativo a un precepto dudoso tomando en cuenta el lugar que ocupa el contexto normativo del que forma parte y; por último, el argumento sistemático en sentido estricto, en donde el significado normativo es determinado tomando en cuenta otros preceptos o normas[86].

iii) Criterio histórico.

Este criterio conlleva el análisis del lenguaje normativo del pasado; particularmente, está referido a los precedentes constitucionales y debates que dieron lugar a la aprobación de la norma. Tiene por objeto el análisis del derecho existente para la época en que se ha dictado la norma; determina el modo de acción de la norma y el cambio por ella introducido[87].

iv) Criterio teleológico.

Este criterio precisa el significado de la norma en atención con su finalidad. La Constitución posee un sistema de valores y principios que determinan sus fines y los del resto del ordenamiento. Bajo este método se realiza una interpretación finalista de la Constitución. En todo caso, este criterio plantea también algunos problemas, toda vez que en muchas ocasiones será necesario determinar previamente el significado de esos valores y principios que actúan como fines de la Constitución y del ordenamiento, lo

[79] Ibídem, pp. 375 y 376.
[80] Cfr. GUASTINI, Riccardo, "Interpretación y construcción jurídica", en Isonomía número 43, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, 2015, p. 25.
[81] Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 264.
[82] Vid. SAVIGNY, Friedrich Karl Von, Sistema del Derecho Romano Actual, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, p. 150.
[83] Vid. STC 72/1984, de 14 de junio, f. j. 6.
[84] Cfr. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional"...citada, p. 17.
[85] Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos Humanos...citada, p. 265.
[86] Cfr. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional"...citada, p. 17.
[87] Vid. SAVIGNY, Friedrich Karl Von, Sistema del Derecho...citada, p. 150.

cual, valga acotar, viene a ser un objetivo de la interpretación, más que un método o criterio para la misma[88].

Además de los criterios tradicionales expresados, es preciso hacer referencia al denominado "criterio evolutivo", cuya importancia radica en la pretensión de permanencia y estabilidad de la norma constitucional, llamada a perdurar en el tiempo, lo cual no es posible si la interpretación de la misma no puede efectuarse en razón de la realidad social a la que ha de aplicarse, la cual se halla en constante transformación. En otras palabras, la "interpretación evolutiva" de la Constitución consiste en la adecuación de ésta a las cambiantes circunstancias sociales, políticas y económicas, sin llegar a tergiversar o ignorar el significado literal de sus preceptos[89].

Sobre la concepción evolutiva de la Constitución, consideramos de importancia hacer referencia a las posturas encontradas que en los Estados Unidos se aprecian tanto entre la doctrina como en el propio seno del Tribunal Supremo.

En este sentido, ACKERMAN, cuya teoría es considerada la más elaborada al respecto, parte de un supuesto dualista basado en la distinción entre dos decisiones diferentes que pueden tomarse en una Democracia: la primera, es la decisión que toma el pueblo; la segunda, la que toma su gobierno. Las primeras se producen raramente y en circunstancias especiales; las segundas tanto a diario como en este tipo de circunstancias[90].

Esta proposición enfrenta otras corrientes de pensamiento constitucional, a saber: i) la por él llamada "democracia monista", cuya idea principal es que el vencedor en unas elecciones debe gozar de autoridad legislativa plena, con el único límite de no tratar de impedir una nueva y justa cita electoral en el momento establecido, razón por la cual trata cualquier acto de revisión judicial como presuntamente antidemocrático; ii) la escuela fundacionalista, que con notables diferencias dependiendo de los autores (que pueden centrar su atención en los derechos de propiedad como Epstein, en la igual consideración y respeto, como Dworkin, o los derechos de los grupos desfavorecidos como Fiss), entienden que el primer y fundamental objetivo de la Constitución americana es protegerlos y; iii) el historicismo burkeano, para los que, insertos en la tradición del common law, los que cuentan son los patrones de decisión de los tribunales y otras instancias decisorias, y que son muy recelosos respecto de las revoluciones populares[91].

Desde estas premisas dualistas, ACKERMAN ofrece una idea renovada de la tesis de la "Constitución viviente". Así, defiende que en el siglo XXI los grandes compromisos constitucionales no se plasman, como antaño, en enmiendas constitucionales, sino que se aprecian en lo que él denomina "revoluciones judiciales" (por ejemplo, Brown v. Board of Education) y las "leyes estandarte" (por ejemplo, la Social Security Act). Sostiene que "el propósito de la interpretación es entender los compromisos constitucionales que se han hecho por el pueblo norteamericano a lo largo de la historia, no los compromisos que uno u otro pensador establecen que deberían hacerse" [92]. Esto último es una crítica expresa a Dworkin, afirmando que, en este punto, está más próximo a las concepciones del Juez SCALIA. Su idea de la "Constitución viviente" se aleja de la que manejaban los primeros autores que adoptaron este término, especialmente la de Michael J. Perry, quien abiertamente propone prescindir completamente de la interpretación del texto constitucional, siendo la función de los jueces simplemente la de aplicar los valores consensuados por la sociedad[93]. En efecto, ACKERMAN no solo rechaza renunciar a la interpretación, sino que propone crear nuevos cánones de interpretación, basados en los logros del pueblo americano, que se sobrepondrían a algunos particularismos estatales[94].

En contraposición a la tesis de ACKERMAN, se presentan las teorías conocidas bajo los nombres de originalismo o textualismo, según las cuales la interpretación de un texto, sea una ley o la Constitución, debe hacerse conforme al sentido original del texto. Este sentido original del texto, como el propio SCALIA aclara, se diferencia, tanto de la intención del legislador que era característica del primer originalismo americano (representado, entre otros, por Raoul Berger o el Juez Sutherland), como del "constructivismo estricto" que implicaría una interpretación literal al margen de todo contexto. Así, la crítica a la teoría de la "Constitución viviente", se halla soportada en el hecho que quienes determinan aquellas necesidades y "encuentran" aquella ley cambiante, consiguen como jueces un poder incluso más poderoso que en el common law, pues se sitúan incluso sobre las leyes de las legislaturas democráticas. SCALIA afirma que los

[88] Cfr. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional"...citada, p. 19.
[89] Ídem.
[90] ACKERMAN, Bruce, We the people I, Fundamentos de la historia constitucional estadounidense, Traficantes de sueños, Madrid, 2015, p. 24.
[91] Ibídem, pp. 25 y ss.
[92] *Vid*. ACKERMAN, Bruce, *La Constitución viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 36.
[93] Cfr. ALONSO GARCÍA, Enrique, La interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 326.
[94] Véase a ACKERMAN, Bruce, La Constitución viviente...ob. cit., p. 39.

jueces no solo deben buscar el sentido original del texto, sino aplicarlo a los nuevos contextos[95].

Sin embargo, se critica esta teoría, ya que por mucho que el juez intente dotarlo de "razonabilidad", no resulta ni siquiera coherente en su lógica interna, puesto que, al interpretar el sentido original de un texto, se deja al juez un margen nada mínimo de discrecionalidad. Si el juez debe "descubrir" el significado de los términos constitucionales, en contextos tan distantes en el tiempo como lo es el momento de la aprobación de la Constitución americana respecto del momento actual, esta discrecionalidad aumenta muy considerablemente. Por eso, el Profesor TRIBE, en el comentario a la ponencia del Juez Scalia, afirma que:

> "con el objeto de evitar que la tarea interpretativa degenere en la imposición de preferencias o valores personales bajo el disfraz de la exégesis constitucional, se debe (...) evitar toda pretensión que pueda ser reducida a un proceso de descubrimiento en lugar de un proceso de construcción de una interpretación y reemplazar tal pretensión por una constancia manifiesta, aunque incompleta e inconclusa, acerca de las razones por las cuales se considera que tal o cual propuesta de construcción del texto merece más aceptación a la luz de la Constitución como un todo y la historia de su interpretación" [96].

No obstante, esta teoría olvida que la interpretación es siempre una actividad creativa del Derecho, tal y como el mismo KELSEN lo expresaba, en el sentido que "constituye un procedimiento intelectual vinculado al proceso creativo del derecho en el tránsito progresivo desde un nivel superior a otro inferior previsto por el primero". Entendía que "es imposible que la norma superior concrete absolutamente todos los aspectos del acto que la aplica" y, por eso, la interpretación "no es una cuestión de teoría del derecho sino de política jurídica", ya que el juez "también crea derecho y así mismo es relativamente libre en el desempeño de su función". Así pues, puede observarse que KELSEN, ya en 1934, consideraba como una ilusión la idea de ver el ordenamiento jurídico como algo consolidado[97] . JELLINEK, aún antes, en 1906, también hizo referencia a ello, al expresar que "no es preciso explicar, a quien conoce el poder creador de los jueces que la interpretación judicial de un precepto constitucional puede desarrollarse de modo progresista o retrógrado" [98].

De esta manera, se puede afirmar que la teoría originalista constituye un planteamiento jurídico-político de carácter conservador[99], ya que la Constitución es un texto dinámico que necesita adaptarse permanentemente a la cambiante realidad política y social.

Es menester indicar, que los elementos de la teoría de la "Constitución viviente" de ACKERMAN no son tan excepcionales ni exclusivos de los Estados Unidos. En efecto, en muchas democracias del mundo se producen cambios en la Constitución como consecuencia de la aprobación de las llamadas "leyes estandarte" y por vía de la interpretación. Un ejemplo de ello es el caso del matrimonio homosexual en España, donde el sentido original del art. 32.1 de la Constitución lo excluía; sin embargo, veintisiete años después de la aprobación de la norma fundamental, fue aprobado por el legislador, cambiando el significado de ese precepto[100], lo cual fue validado por el Tribunal Constitucional al considerar que se había dado una "evolución" de este concepto en el Derecho Comparado, expresando en términos literales que

---

[95] *Vid.* SCALIA, Antonin, *Una cuestión de interpretación, Los tribunales federales y el derecho*, Amy Gutmann (edición), Palestra Editores, Lima, 2015, pp. 80 y ss.

[96] *Ibídem*, p. 143.

[97] Al respecto, confróntese a KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)". Rolando Tamayo y Salmorán (traducción). Domingo García Belaunde (revisión), en KELSEN, Hans, *Sobre la jurisdicción constitucional,* Cuadernos del Rectorado, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2017, pp. 45-106.

[98] Al respecto, véase a JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Editorial Leyer, Bogotá, 2006, pp. 29 y 30.

[99] Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro, "Reflexiones sobre la constitución viviente (*Living Constitution*)", en *Díkaion*, Vol. 12, Facultad de Derecho, Universidad de la Sabana, Chía, Colombia, 2003, p. 5.

[100] El Tribunal Constitucional Federal alemán lleva, desde los años ´50, recordando que *"una disposición constitucional puede experimentar un cambio de significado cuando en un ámbito surjan hechos nuevos, no previstos, o bien cuando hechos conocidos, como consecuencia de su inserción en el curso general de un proceso evolutivo, se muestran con un nuevo significado o en una nueva relación"* (BVerfGE 2, 380; BVerfGE 7, 198).

> [...] el Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo [101].

Expuesto todo lo anterior, hay que precisar que los elementos analizados en la interpretación de la Constitución, si bien útiles y necesarios, no permiten, por sí mismos, llevar a cabo planamente la labor interpretativa de todos los preceptos constitucionales. Se trata de elementos necesarios, pero no suficientes. Además, no configuran un método propio de la interpretación constitucional. Por ello, algunos autores han propuesto métodos específicos, destacando las peculiaridades de la interpretación constitucional.

En este sentido, HESSE propone un método basado en la concretización, a partir de una pre-comprensión de la norma y del problema concreto que en cada caso se trata de resolver. En efecto, si la Constitución no contiene un sistema cerrado y unitario, y la interpretación de sus normas no puede ser simple ejecución de algo preexistente, el proceso de concretización se lleva a cabo a través de una actuación tópica, orientada y limitada por la norma. Mediante esta actuación y por vía de la "inventio", se encuentran puntos de vista que se someterán a opiniones, a favor y en contra, para fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible (topoi). No queda a la discreción del intérprete los topoi que debe valorar entre una multiplicidad de puntos de vista; el intérprete sólo puede utilizar en la concretización aquellos puntos de vista que se encuentran relacionados con el problema, quedando excluidos aquéllos que son extraños a la cuestión; también, son incluidos, tanto en el programa normativo como en su ámbito normativo, los elementos de concretización que proporciona la misma norma constitucional, así como las directrices que la Constitución contiene en orden a la aplicación, coordinación y valoración de dichos elementos en el curso de la solución del problema. Cobran importancia, aquí, los métodos tradicionales y los principios propios de interpretación constitucional, correspondiendo a estos últimos la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que conduzcan a la solución del problema[102].

Otro de los métodos de interpretación constitucional al que debemos hacer mención es el de la ponderación, entendida como una técnica para resolver los conflictos entre normas, muy especialmente, aquellos suscitados entre principios y reglas.

Las disposiciones constitucionales, particularmente aquellas relativas sobre derechos fundamentales, comprenden tanto reglas como principios, teniendo ambos una función directiva y compartiendo la misma forma como enunciado normativo[103] . En efecto, el derecho positivo se integra por enunciados cuyo contenido es una norma que tiene un carácter (obligatorio, prohibido o permitido) y una conducta; en otras palabras, "por un supuesto de hecho, una cópula o nexo normativo y una sanción o consecuencia jurídica, y su forma condicional" [104].

Estos enunciados que integran el derecho positivo pueden devenir en conflictos entre normas (sean reglas o principios), entre una norma y un

---

[101] *Vid*. STC 198/2012. Una interpretación evolutiva similar ha mantenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la Opinión Consultiva número 24, de 24 de noviembre 2017, sobre igualdad de género, no discriminación y derechos del colectivo LGBTIQ+ y parejas del mismo sexo. Así, expresó: *"Al respecto, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que, en determinados tratados internacionales, la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no sea fijo, sino que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional. En tales circunstancias, justamente para respetar la intención inicial de los Estados, es necesario realizar una interpretación evolutiva. Todo ello se encuentra fundado en la premisa que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el* tiempo. En dichos casos, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que, como regla general, se debe presumir que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionará. 189. En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de "familia" que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos", sin distinción alguna".

[102] Cfr. HESSE, Konrad, Escritos de Derecho Constitucional...citada, p. 63 y ss.

[103] Estructuralmente existe una diferencia entre reglas y principios. Si se dan los hechos previstos por una regla y ésta es válida, debe entonces aceptarse la respuesta que la regla proporciona, sin mediación alguna posible. Por el contrario, los principios no imponen una acción acorde con el supuesto normativo, sino una "toma de posición" en atención con su "ethos" en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear; presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia. Los principios no agotan su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad. De ahí que la mayoría de las jurisdicciones constitucionales, en aras de la supervivencia de una sociedad pluralista, conciben todo el contenido de las Constituciones (muy especialmente, lo relativo a los derechos fundamentales) como declaraciones de valores. Véase en extenso sobre lo expuesto, a ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, Derechos, justicia, novena edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 109 y ss.

[104] Sobre el particular, remitimos a nuestro trabajo en GHAZZAOUI, Ramsis, El principio general de proporcionalidad como límite de la discrecionalidad administrativa, UCAB, Caracas, 2012.

principio-valor, o entre una norma y un principio general de derecho, e incluso entre principios de la misma o distinta categoría, en virtud de que no solamente se pueden producir distintos tipos de incompatibilidades entre las normas, sino por los diversos sentidos que pudieran contener.

Como solución a tales conflictos, DWORKIN[105] hace referencia a la distinción del carácter prima facie entre reglas y principios. Los principios ordenan algo que debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas; por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo en su etapa inicial, pudiendo tener un significado distinto en su resultado final. Presentan razones que pudieran ser desplazadas por otras razones opuestas; carecen de contenido de determinación frente a otros principios contrapuestos y sus posibilidades fácticas. Las reglas, de forma totalmente distinta, exigen que se haga exactamente lo que de ellas se ordena; contienen una determinación en el ámbito de sus posibilidades jurídicas y fácticas que, de no conducir a su invalidez, tiene validez definitiva. En tal razón, todos los principios tienen un mismo carácter prima facie y todas las reglas un mismo carácter definitivo.

Para el mencionado autor, las reglas, cuando tienen validez, se aplican de una manera disyuntiva, es decir, tal como se encuentra prevista, o no se aplican (son aplicables de manera todo o nada); los principios, en cambio, sólo contienen una razón que indica una dirección que no tiene como consecuencia, necesariamente, una determinada decisión.

Así pues, los conflictos entre reglas se resuelven mediante consideraciones sobre la validez de la norma que la trascienden, para lo que se recurre a otras normas, o se apela a los principios en que se fundan. Los principios, por el contrario, requieren de su ponderación, pues poseen una dimensión de peso o importancia variable, que ha de ser justificada con razones en cada caso.

Por su parte, ALEXY plantea un modelo más específico, el cual ha de mantener, no obstante, el diferente carácter prima facie de las reglas y los principios[106].

En este sentido, sostiene que los principios deben ser entendidos como mandatos de optimización, que ordenan realizar el contenido del derecho en la mayor medida de lo posible y admiten un cumplimiento gradual, ya que lo ordenado por ellos no será siempre atendible de manera total, en razón de los obstáculos reales o normativos que se le pueden interponer, como serían otros principios o reglas que se le opongan, debiendo resolverse el conflicto mediante una ponderación entre los principios contrapuestos, o entre el principio, por un lado, y los principios que respaldan la regla que se le opone, por el otro. Aquí, el principio de proporcionalidad constituye el criterio fundamental para determinar la viabilidad jurídica y fáctica de los derechos como principios.

En relación a las reglas, éstas exigen un cumplimiento exacto en razón de su carácter de mandato definitivo, y no sólo prima facie. Mediante un procedimiento de subsunción, si se reconoce la validez de la regla aplicable a un caso, ésta debe seguirse completamente. La ponderación, en el caso de las reglas, no resulta aplicable, toda vez que no admiten ninguna gradualidad en su observancia; los conflictos entre reglas se resuelven determinando cuál es la regla válida, sin perjuicio de las situaciones en que la fuerte presión ejercida por un principio conduzca a introducir cláusulas de excepción a la regla, relativizando así su carácter definitivo[107].

Ahondar en el concepto de proporcionalidad, nos lleva, primero, a entenderlo como un principio y, segundo, a tener en cuenta que, como tal, conlleva un ordenamiento, un control que hay que seguir con el fin de evitar resultados que no coincidan con las normas jurídicas. El principio de proporcionalidad es jurídico, con antecedente abierto y consecuencia cerrada, lo que no implica que algunos autores, como ALEXY, descarten que la proporcionalidad, en sus tres escalones, sea un cúmulo de tres reglas[108].

En el caso de intervenciones restrictivas de derechos constitucionales, son relacionados a través de este principio los elementos siguientes: i) la finalidad perseguida por la acción estatal; y ii) los medios empleados para alcanzarla. A tal efecto, se utiliza como criterio básico el de la justa medida o prohibición de exceso, que excluye cualquier posibilidad de que los derechos o intereses subjetivos sean afectados de manera injustificada. Dicho principio, a su vez, se encuentra conformado por tres subprincipios: a)

---

[105] DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 2012, p. 72 y ss.

[106] Sobre esta diferenciación entre reglas y principios, véase ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*; segunda edición en castellano, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 79-149.

[107] Así pues, la diferencia entre tipos de derechos no es solo cuantitativa (grado de generalidad e indeterminación), sino también argumentativa: los derechos soportados sobre reglas pueden aplicarse inmediatamente a través de operaciones de subsunción; por su parte, los derechos sustentados en principios se encuentran sometidos a operaciones de balance y especificación (concretización). Al respecto, véase a PINO, Giorgio, *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, Palestra Editores, Lima, 2013, p. 56.

[108] Para ALEXY, la proporcionalidad, junto con sus componentes, deben definirse como reglas, al no ser (la proporcionalidad) una exigencia que debe realizarse tan ampliamente como sea posible o gradual, sino que es un requisito que ha de cumplir toda norma o medida que afecte un derecho. Véase, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...ya referida*, p. 112.

"Juicio de adecuación o idoneidad", relativo a la exigencia fundada de que el actuar del Estado debe procurar algún nivel de eficacia en orden a la consecución del fin; b) "Juicio de necesidad o la medida menos restrictiva", concerniente a la carencia de alternativa menos lesiva pero igualmente eficaz para su realización; y c) La "proporcionalidad en sentido estricto o balance costos beneficios", referida a la preponderancia del interés en proteger el respectivo bien sobre el sacrificio padecido por la posición jurídica subjetiva afectada[109].

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad presentan rasgos comunes que los hacen distinguir de la proporcionalidad en sentido estricto, a pesar de la unidad del principio general. En efecto, tienen un significado fundamentalmente materialista al interesarles el fin de la actuación estatal como hipótesis de su aplicación, al permitir examinar la posibilidad de obtención razonable del fin perseguido o si existen otras medidas igualmente eficaces de menor severidad. A diferencia de ellas, la proporcionalidad en sentido estricto hace hincapié en lo valorativo, al comportar una ponderación de bienes e incorpora a la finalidad perseguida como objeto y no como un simple punto de control; además, determina el parámetro que permite comparar y sopesar la importancia en la consecución del propósito del acto restrictivo frente a la reducción de esferas de libertad que éste supone[110].

En todo caso, la ponderación como método interpretativo pudiera llevar a plantearnos si es este el método propio y específico de la interpretación constitucional. Sin embargo, tal y como expresa DÍAZ REVORIO, se trata de un criterio para resolver conflictos entre principios, pero no para todos los preceptos constitucionales, ni mucho menos la norma constitucional como un todo. Es cierto que en la Constitución predominan los principios más o menos generales, sobre todo en materia de derechos fundamentales como ya hemos visto, pero, ni todo el texto constitucional es un principio, ni todos los principios están en la Constitución, ni la interpretación de los principios se reduce al problema de los conflictos entre ellos. Además, en el caso de conflictos entre principios constitucionales e infraconstitucionales, la ponderación no resulta ya el único criterio para ofrecer una respuesta, ya que deberán valorarse otros aspectos (criterio de especialidad, los argumentos interpretativos, entre otros) [111].

En razón de todo lo expuesto, para el autor mencionado no parece poder afirmarse que exista un método propio y global para la interpretación de la Constitución, toda vez que no hay una fórmula del todo. Y es que la Constitución, a pesar de sus muchas especificidades, no deja de ser una norma; especialidades que están a veces presentes, si bien en menor medida, en otras normas, con lo cual la cuestión de las peculiaridades debe matizarse. En efecto, el carácter relativamente abierto de la norma constitucional, es una característica que también puede encontrarse en algunos preceptos legales; además, la Constitución es un marco para la ley y el legislador, pero no es un solo marco, ya que también contiene mandatos generales, o incluso con cierta concreción, que necesariamente deben imponerse a la ley, y de alguna manera determinan parcialmente su contenido. Esto lo vemos en algunas de las Constituciones más recientes, o más reformadas, distinguidas por su extensión y por el detalle de muchas de sus regulaciones. También, la interpretación de la Constitución no siempre se realiza en el contexto de la valoración de la obra legislativa y su conformidad con la norma fundamental, pues, los tribunales ordinarios, en su cotidianeidad, interpretan la Constitución para resolver casos concretos, supuestos de hecho equiparables a los que son objeto de los asuntos ordinarios, y en algunos procesos como en el caso del amparo, no se limitan a la valoración constitucional de la ley o de otras normas, sino que se valoran actos de los poderes públicos y, a veces, de los particulares[112].

Por ello, a pesar de ser relevantes las peculiaridades mencionadas, así como la incuestionable utilidad de algunas ideas presentes en los métodos específicos, que, como ya ha quedado en evidencia, no configuran un método radicalmente diferente al propio de la interpretación jurídica en general, se enfatizan unos criterios o elementos específicos que se han apuntado como propios de la interpretación constitucional, y que deben estar siempre presentes en esa actividad interpretativa. A éstos les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema.

---

[109] Al respecto, remitimos con provecho a DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, p. 112; asimismo, confróntese a MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Editorial Comares, Granada, 2011, p. 73; también, a ALEXY, Robert, *Teoría...citada*, pp. 520-531; igualmente, a CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...ya mencionada*, pp. 194 y 195.

[110] Vid. CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones...obra citada, pp. 195 y 196.

[111] Vid. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional"...citada, p. 23.

[112] Ídem, pp. 23 y 24.

Así, se destacan los llamados principios de interpretación constitucional, como son: a) El Principio de Unidad de la Constitución, el cual supone considerar a ésta como un todo que se sitúa en la cúspide del ordenamiento y debe presidir, a su vez, la interpretación de éste. La relación e interdependencia entre los distintos elementos de la Constitución obligan a que la norma sea considerada en el conjunto donde debe ser situada y no en forma aislada. La única solución del problema coherente con este principio, es la que se encuentre en consonancia con las disposiciones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales. La finalidad de este principio es que las normas constitucionales sean interpretadas de manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. b) En segundo lugar, y en íntima relación con el anterior, encontramos el Principio de Concordancia Práctica, según el cual los conflictos posibles entre preceptos constitucionales no deben resolverse con base en la supuesta superioridad de alguno de ellos y el sacrificio de otros, o excluyendo la aplicación de alguno de ellos, sino mediante la ponderación, en cada caso concreto, que permita una cierta realización de los principios en tensión. Se exige aquí una labor de optimización, estableciendo los límites de ambos bienes a fin de que ellos alcancen una efectividad óptima. Estos límites son precisados en razón del principio de proporcionalidad, y no deben ir más allá de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos. c) En tercer lugar, se observa el denominado Principio de Corrección Funcional, por el cual, si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas, sin modificar la distribución de funciones a través de la interpretación. Se destaca aquí la relación entre el Legislador y el Tribunal Constitucional; a este último sólo le corresponde una función de control frente al Legislador, y no puede realizar interpretaciones que se traduzcan en restricciones a la libertad conformadora que al Legislador le es reconocida, más allá de los propios límites que la Constitución establece, ni mucho menos una conformación llevada a cabo por el Tribunal mismo[113] . d) En cuarto lugar, encontramos el Principio de Eficacia Integradora, que exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan la unidad política prevista en la Constitución. e) Por último, observamos el Principio de Fuerza Normativa de la Constitución, en el que se subraya el carácter jurídico y vinculante de cada uno de los preceptos constitucionales, teniendo entonces preferencia, en la solución de los problemas jurídico-constitucionales, aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia[114].

Hay que destacar, también, que a menudo se ha dicho que la interpretación constitucional debe ser "interna" [115], esto es, que mientras las leyes deben ser interpretadas de acuerdo con la Constitución (interpretación conforme), ésta, sin embargo, debe interpretarse desde ella misma, y no en relación con la ley u otro tipo de normas. Si no fuese así no podría, en puridad, afirmarse el carácter de lex superior de la Constitución.

Esta noción, sin embargo, requiere una serie de precisiones: en primer lugar, en los Estados adheridos a los sistemas americano y europeo de protección de derechos, las Constituciones deben interpretarse en relación con los Tratados de Derechos Humanos, lo cual no quiere decir, valga señalar, que estén por encima de la Constitución, pues su primacía deviene de la propia voluntad del poder constituyente expresada en el texto constitucional.

Justo a la inversa, y, en segundo lugar, ocurre con las leyes. Es obvio que éstas se interpretan conforme a la Constitución, pudiendo el Tribunal, cuando la ley admita varios significados, imponer uno acorde con la Constitución desechando los que no lo son[116]. Cuando el Tribunal desgrana los posibles significados de una ley, e impone aquél que es conforme a la Constitución frente a otras posibles interpretaciones de ésta, el significado de la Constitución no cambia. Ni debe hacerlo, pues, de lo contrario, podría ocurrir que el sentido de la Constitución debiese ajustarse a diferentes leyes o que aquélla cambie con la misma frecuencia que éstas.

---

[113] Sobre este principio de corrección funcional, véase con provecho a COLLAZOS VELASCO, María Dolores, "La corrección funcional y el *stare decisis* como alternativas para la legitimidad del control constitucional en democracias disfuncionales", en *Revista de Derecho y Humanidades*, número 15, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009, p. 224 y ss.

[114] Sobre los principios de interpretación constitucional expuestos, remitimos ampliamente a HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional...ya citada*, pp. 67-69. De igual manera, confróntese a DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Interpretación de la Constitución y juez constitucional"...*obra citada*, p. 24. Asimismo, véase a HÄBERLE, Peter, "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 13, Universidad de Granada, Granada, 2010, p. 405 y ss.

[115] Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Como estudiar Derecho Constitucional,* Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2020, p. 85.

[116] Véase a HESSE, Konrad, *Escritos...ob. cit*., p. 71 y ss.

En tercer y último lugar, tal y como expresara LUCAS VERDÚ

> "no cabe duda que, frecuentemente, el Alto Tribunal tendrá que interpretar la Constitución considerando también la realidad constitucional que le circunda, y eso supone una estimación que excede al cotejo técnico-jurídico, porque los elementos que integran esa realidad son, en su mayor parte, también extrajurídicos". [117]

Por ello, el supremo intérprete constitucional debe identificar la "fórmula política", y declarar la inconstitucionalidad de la ley no ya sólo cuando transgreda el tenor literal de los preceptos constitucionales, sino, también, los principios esenciales que forman parte de aquella[118]. La fórmula política, conformada por el techo ideológico, los principios inspiradores, el espíritu y programa político de la Constitución, está contenida en la Constitución, pero siendo lo que la legitima, hace también alusión a acuerdos que son preconstitucionales. Además, aunque sus elementos están incorporados a la Constitución, su concreción requiere, efectivamente, acudir a fuentes externas: así, por ejemplo, principios como el de soberanía popular o Estado social no solo están enunciados en la Constitución, sino que se plasman en varios preceptos, pero para su completa comprensión requiere acudir, también, a fuentes externas.

En resumen de todo lo expuesto, la suma de los métodos tradicionales y de los específicos de la Constitución (literal, sistemático, histórico, teleológico, interpretación evolutiva, unidad de la Constitución, concordancia práctica, corrección funcional, carácter abierto de sus preceptos y la ponderación), bien utilizándolos conjuntamente, o bien algunos de ellos, según los casos, permitirá resolver la mayoría de los problemas interpretativos, en donde el primer sujeto legitimado para interpretar y desarrollar la Constitución es el Legislador, y el Tribunal Constitucional el intérprete último de la misma, debiendo señalar, en principio, cuándo el Poder Legislativo traspasa los límites del texto constitucional en su interpretación o desarrollo.

CONCLUSIONES

Como ha escrito HESSE[119], el cometido de la interpretación que compete al Tribunal Constitucional es hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, fundamentar este resultado de modo asimismo racional y controlable, creando de este modo certeza y previsibilidad jurídicas y no simple decisionismo en la determinación del contenido de las normas y principios constitucionales y, sobre todo, de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

La fundamentación de la sentencia (concretización jurídica de la interpretación constitucional) es la parte más importante de la decisión jurisdiccional, que permite no sólo conocer la razón jurídica que lleva al Tribunal a una decisión, sino también controlarla. En este sentido, a las sentencias de los tribunales constitucionales cabe exigirles: a) que ofrezca las razones de sus decisiones; b) que esas razones se expongan de manera coherente y completa; c) que sean fruto de una discusión colectiva, y producto del dialogo ciudadano; d) que conecten de alguna manera con el sentir de la sociedad. Esto, atendiendo a los principios de la interpretación constitucional arriba tratados (comenzando por el tenor literal lingüístico de la Constitución), los cuales funcionan como un engranaje de limitaciones al actuar de los jueces constitucionales, independientemente de sus valoraciones, sesgos o ideologías, y más allá, respetando la libre autodeterminación del legislador, la presunción de constitucionalidad de la ley, la interpretación conforme a la Constitución de las leyes impugnadas, cuestionadas e sujetas a interpretación, sin convertirse en un juicio o control de oportunidad de los designios políticos del legislador.

El juez constitucional debe determinar el significado de la norma general respecto a la problemática del caso en cuestión. Esto se logra a través de la operación interpretativa, que siempre precede a la aplicación de la norma. La norma general debe concretarse en una norma más específica antes de poder resolver el caso individual.

BÖCKENFÖRDE, al analizar los métodos y principios de la interpretación constitucional y la construcción dogmática de los mismos por la doctrina alemana, señala, que la cuestión de los métodos en el derecho constitucional radica en la orientación de la interpretación a un concepto de Constitución, a una teoría de la Constitución que permita no solo una interpretación "explicativa", sino "rellenadora" de la mayoría de las normas constitucionales, necesidad que resulta de su estructura normativa y que justamente lo que buscaría sería evitar la degradación de la normatividad de la Constitución, propia del

[117] LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*. Vol. 4, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 824.
[118] Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y formula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 298.
[119] BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. Manual de Derecho Constitucional. (Trad. Antonio López Pina). 2da. Edición. Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 2-15, 846-857.

subjetivismo presente en muchos métodos interpretativos[120].

La interpretación constitucional (judicial) debe hacerse formal y materialmente, caso a caso, interpretando la Constitución en su totalidad (sistemáticamente), y debe ser considerada en comparación con otro u otros ordenamientos constitucionales específicos y con el derecho internacional humanitario, buscando la finalidad última de cada disposición constitucional (teleológicamente), permitiéndose así hacer frente a las realidades cambiantes de la vida. La vitalidad de una Constitución significa atribuir un contenido moderno a los viejos principios constitucionales. Esta vitalidad de los valores constitucionales no es licencia para que un juez haga con ellos lo que desee. No hay que reemplazar la subjetividad de los constituyentes por la subjetividad de las personas que interpretan; sin embargo, las disposiciones constitucionales deben ser interpretadas ampliamente. Una visión amplia de la interpretación no significa interpretar de una manera que exceda el significado de las palabras. Un juez que tenga una visión amplia de la interpretación dará a la Constitución un significado que alcance su finalidad, una finalidad que refleje la continuidad histórica y perspectivas fundamentales modernas, adoptando una perspectiva comprehensiva sobre el derecho en un momento y en una sociedad determinada. Pero una visión amplia no es una interpretación expansiva, mutativa, es simplemente un panorama general en todo su contexto de la vida de la nación, por lo tanto, los jueces constitucionales no pueden inferir de los textos fundamentales sus cosmovisiones personales o sus sesgos ideológicos; ellos deben interpretar de las disposiciones de una Constitución objetivamente. El resultado de su interpretación no debe determinar los principios constitucionales; los principios constitucionales deben determinar el resultado de su interpretación.

Entonces, los límites al poder de interpretación de los jueces constitucionales radica, por un lado, no sustituir al poder constituyente, y por otro, no sustituir al legislador. La primera limitación significa que la Constitución es una norma de la que no puede disponer más que el poder de reforma. El Tribunal no puede hacerle decir a la Constitución lo que esta no ha querido decir; para eso está la reforma constitucional. Claro que hay una gran capacidad creativa de la Constitución realizada por los tribunales constitucionales, por el carácter abstracto y general de las normas constitucionales, y porque además han de ser adaptadas a cada tiempo. Por eso, la capacidad que tiene un tribunal de adecuar la norma a los nuevos tiempos sin contradecirla es más amplia en aquellas normas que podríamos llamar "históricamente contingentes" y que obedecen a las circunstancias concretas del momento en el que una Constitución en un determinado país se dicta, y más restringida en aquellas normas que no son contingentes: las normas "definitorias" del modelo constitucional del que se trate. Pero, de todos modos, hay límites relativamente precisos que no pueden ignorarse, que no permiten hacer decir a la Constitución lo que ella claramente, no ha querido decir.

La interpretación constitucional no es solamente interpretación de la Constitución, es también interpretación constitucional de la ley, y las cortes constitucionales realizan esa doble actividad. La ley debe interpretarse conforme a la Constitución y la interpretación constitucional de la ley efectuada por los tribunales constitucionales deberá ser respetada. Prácticamente, todas las sentencias constitucionales son interpretativas: contienen siempre una interpretación de la Constitución. En efecto, la sentencia no vincula solamente a la parte dispositiva, sino que su fundamentación jurídica, donde siempre hay interpretación, también vincula a los operadores jurídicos, especialmente a los jueces y a los tribunales. Pero, en un sentido más preciso, son interpretativas aquellas sentencias en las que se salva la constitucionalidad de la ley mediante la declaración de su constitucionalidad condicionada a que se interprete de una determinada manera. La máxima importancia de las sentencias interpretativas radica no solamente en sus efectos o su vinculación, sino además en sus límites. El Tribunal Constitucional no debe sustituir al legislador haciéndole decir a la ley lo que esta de ninguna manera dice o ha querido, o pueda decir con el paso del tiempo. Y sustituir al legislador también es ponerse en su lugar dictando "leyes" mediante sentencias manipulativas[121].

En definitiva, puede concluirse que la interpretación constitucional es jurídica (sin interferencia indebida del elemento político), pero comprendiendo la operación con valores (empleados desde la racionalidad y la prudencia, que exigen la depuración de prejuicios implícitos en la correspondiente "precomprensión" de la correspondiente Constitución). Así, la interpretación de todo texto constitucional debe ser una actividad llevada

[120] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. (trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez). Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 37, 38 y 39. Del mismo autor con mayor precisión "Constitutional Jurisdiction: Structure, Organization, and Legitimation" en Constitutional and Political Theory. Selected Writings (Edit. Mirjam Künkler y Tine Stein). Vol. I. Oxford University Press. Oxford, 2017, pp. 187-205.

[121] ARAGÓN REYES, Manuel. "Las singularidades de la interpretación constitucional...ob. cit., p. 333 y 334.

a cabo con arreglo a la argumentación admitida en la aplicación de las normas jurídicas y conducentes, por ello, a decisiones que respondan al principio de predictibilidad y, por tanto, los de seguridad y objetividad[122].

Por último, la jurisdicción constitucional está en peligro en todo el mundo (los procesos de erosión democrática y la expansión del constitucionalismo autoritario, como por ejemplo en Polonia, Hungría, Bolivia, Turquía, así como el de la cooptación y aniquilación de la justicia por el régimen autoritario chavista-madurista venezolano de más 23 años), por ello la independencia judicial es la salvaguarda constitucional contra la amenaza que representan los políticos para el buen ejercicio de la función de los jueces. Pero esta garantía constitucional de nada sirve si no va acompañada de la independencia interna del juez, ya que aquella protege a los jueces contra la política, pero no protege al sistema constitucional y a la sociedad contra aquellos jueces que, por razones que no sean la presión política directa, están dispuestos a desobedecer o distorsionar la Constitución. Y es que la neutralidad de un juez exige que este llegue al resultado interpretativo mediante la aplicación de reglas y principios constitucionales, independientemente de si él aprueba el resultado obtenido. De allí que los jueces deben ser protegidos contra la influencia o la presión política, y la mejor protección de la independencia judicial es, por supuesto, una convicción profundamente arraigada en el lado de los políticos de que cualquier interferencia en los procedimientos judiciales es inaceptable, apoyada por un fuerte respaldo a la Constitución dentro de la sociedad[123]. Así, creo que la primera virtud o cualidad de un juez es la autocontención (no el sentido propio del self-restraint en contraste con el activismo judicial), entendida como la capacidad de sustraerse de elementos ajenos a la decisión que podrían influir decisivamente en ella. La autocontención implica en primer lugar un grado importante de conocimiento, en doble sentido. De un lado, un profundo cuando no excelente conocimiento del sistema jurídico político, de sus elementos esenciales y por ende también de sus exigencias y requerimientos, para saber qué se puede hacer, qué no se puede hacer, y qué es posible bajo ciertas premisas. De otro lado, un conocimiento consciente de su capacidad interna, de sus condicionantes subjetivos y de los estímulos externos que pueden ejercer en él influencias indebidas. Autocontención sería, pues, el comportamiento de un juez que encamina y mantiene su decisión dentro de los limites requeridos o tolerados por el sistema, frente a los condicionantes de sí mismo y frente a las influencias ajenas[124].

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. La Constitución viviente, Marcial Pons, Madrid, 2011.

ACKERMAN, Bruce. We the people I, Fundamentos de la historia constitucional estadounidense, Traficantes de sueños, Madrid, 2015.

AHUMADA RUIZ, Marian. La jurisdicción constitucional en Europa, Thomson Civitas, Navarra, 2005.

AJA, Eliseo. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALONSO GARCÍA, Enrique. La interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. "Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia" en MORA SIFUENTES, Francisco M. (Coordinador), Democracia, ensayos de filosofía política y jurídica. 2da. edición, Editorial Fontamara, México, 2017.

ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución, democracia y control, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 88, México, 2002.

ARAGÓN REYES, Manuel. "Dos problemas falsos y uno verdadero: neoconstitucionalismo, garantismo y

[122] PAREJO ALFONSO, Luciano. Prólogo al libro de Manrique Jiménez Meza: La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico-constitucional. 2da. Edición. Editorial Juritexto, San José, 2012, pp. 37 y 38.

[123] GRIMM, Dieter. Constitucionalismo. Pasado, presente y futuro. (Trad. Jorge Alexander Portocarrero Quispe). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2020, pp. 327, 328 y 329.

[124] La declaración de los principios de Deontología Judicial de la Red Europea de Consejos de Justicia (Declaración de Londres de junio de 2010), reza así: "El juez mostrará coraje a la hora de ejercer sus funciones de juzgar y de dar respuesta a los que demandan justicia. Dicho coraje, en combinación con la independencia, puede llevar al juez a verse en una situación de impopularidad y soledad. La evolución de la sociedad contemporánea hace que el coraje del juez, tanto físico como psicológico, resulte necesario para: sustancias determinados procedimientos; hacer frente a las distintas presiones políticas, sociales, de la opinión pública, de los medios de comunicación y del corporativismo; responder a los retos de la sociedad moderna".

aplicación judicial de la Constitución", en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 29, México, 2013.

ARAGÓN REYES, Manuel. "Las singularidades de la interpretación constitucional y sus diferencias respecto de la interpretación de la ley: las sentencias interpretativas y sus modalidades" en Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la jurisdicción constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013.

ATIENZA, Manuel. "Argumentación y Constitución", en AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan. Fragmentos para una Teoría de la Constitución, Iustel, Madrid, 2007.

ATIENZA, Manuel. Interpretación Constitucional, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2016.

ATIENZA, Manuel. "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", en Revista Isonomía, número 6, México, 1997.

BACHOF, Otto. "El juez constitucional entre Derecho y Política" en Universitas. Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte, número 2, Vol. 4, Stuttgart, 1966.

BACHOF, Otto. Jueces y Constitución, Taurus Ediciones, Madrid, 1963.

BACHOF, Otto. "Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política" en Boletín Mexicano de Derecho Comparado número 57. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 1986.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

BARAK, Aharon. Discrecionalidad judicial. (Trad. Lucas e. Misseri e Isabel Lifante Vidal). Palestra Editores. Lima, 2021.

BARBER, Sotirios A. y FLEMING, James E. Constitutional interpretation. The basic questions. Oxford University Press. Oxford, 2007.

BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo" en Constitución y derechos fundamentales (Coord. Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Paramo, Francisco J. Laporta y Luis Prieto Sanchís). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004.

BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos. "Derechos, democracia y Constitución" en Constitución: problemas filosóficos. (Edit. Francisco Laporta). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Originalismo e interpretación. Dworkin vs Bork, una polémica constitucional, Civitas, Madrid, 1989.

BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. Manual de Derecho Constitucional. (Trad. Antonio López Pina). 2da. Edición. Marcial Pons, Madrid, 2001.

BETTI, Emilio. Teoría de la interpretación jurídica. (Traducción y compilación Alejandro Vergara Blanco). Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2019.

BICKEL, Alexander M. La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política. (Trad. Mario A. Zamudio Vega). Fondo de Cultura Económica. México, 2020.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Constitutional Jurisdiction: Structure, Organization, and Legitimation" en Constitutional and Political Theory. Selected Writings (Edit. Mirjam Künkler y Tine Stein). Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2017.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. (trad. Juan Luis Requejo Pagés /Ignacio Villaverde Menéndez). Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

CANOSA USERA, Raúl. Interpretación constitucional y formula política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. "Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en democracia", en La jurisdicción constitucional. Democracia y Estado de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. Constitución y justicia constitucional, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo, Universidad Católica Andrés Bello-Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 2015.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones, Legis, Caracas, 2010.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María "Respuestas del legislador ante la interpretación de la constitución efectuada por la jurisdicción constitucional" en Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano. Fundación Konrad Adenauer. Bogotá, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. ¿Jueces legisladores? (Trad. Claudia Ochoa Perez). Communitas, Lima, 2010.

COLLAZOS VELASCO, María Dolores. "La corrección funcional y el stare decisis como alternativas para la legitimidad del control constitucional en democracias disfuncionales", en Revista de Derecho y Humanidades, número 15, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2009.

CRISAFULLI, Vezio. "Giusticia costituzionale e potere legislativo" en Scritti in onore a Costantino Mortati. Giuffre Editore. Roma, 1977.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio. "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional" en El Tribunal Constitucional. Vol. III. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1981.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. "Interpretación de la Constitución y juez constitucional", en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, número 37, México, 2016.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Valores superiores e interpretación constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sistema de Derechos Fundamentales, cuarta edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia, Gedisa, Barcelona, 1986.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 2012.

ELY, John Hart. Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional (Trad. M. Holguín). Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Bogotá, 2007.

ESSER, Josef. La interpretación. (Trad. Marcelino Rodríguez Molinero). Ediciones Olejnik, Santiago, 2020.

FALLER, Hans Joachim. "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania" en Revista de Estudios Políticos, número 7. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1979.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial, Iustel, Madrid, 2005.

FERRERES COMELLA, Víctor. "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas" en Justicia constitucional y democracia, Actas de la XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tribunal Constitucional, Madrid, 2011.

FERRERES COMELLA, Víctor. Justicia constitucional y democracia, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

FERRERES COMELLA, Víctor. Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad, Marcial Pons, Madrid, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. Verdad y método. Ediciones Sígueme. Salamanca, 2012.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "La Interpretación Constitucional", en Revista Jurídica de Castilla y León, número 2, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3ª edición - 3ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA PELAYO, Manuel. Obras Completas. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Quito, 2012.
GARGARELLA, Roberto. "La dificultosa tarea de la interpretación constitucional" en Teoría y critica del Derecho Constitucional. Roberto Gargarella (coordinador). Tomo I, Democracia. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Como estudiar Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2020.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. "Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los Jueces?", en Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, número 20, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

GHAZZAOUI, Ramsis. "El principio de proporcionalidad en la actividad de la Administración Pública" en Actas de la I Jornada de Derecho Constitucional Administrativo

en Homenaje al Dr. Giovanni Nani. Universidad Arturo Michelena, Valencia, 2014.

GHAZZAOUI, Ramsis. El principio general de proporcionalidad como límite de la discrecionalidad administrativa, UCAB, Caracas, 2012.

GHAZZAOUI, Ramsis. "Interpretación constitucional y discrecionalidad judicial. Una aproximación desde el neoconstitucionalismo" en Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón. Tomo II. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019.

GRIMM, Dieter. Constitucionalismo. Pasado, presente y futuro. (Trad. Jorge Alexander Portocarrero Quispe). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020.

GUASTINI, Riccardo. "Interpretación y construcción jurídica", en Isonomía número 43, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, 2015.

GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar (Trad. Silvina Álvarez Medina), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

GUASTINI, Riccardo. La interpretación de los documentos normativos. (Trad. César E. Moreno More). Derecho Global Editores. México, 2018.

GUASTINI, Riccardo. Lecciones de Derecho Constitucional (Trad. César E. Moreno More), Legales Ediciones, Lima, 2016.

GUASTINI, Riccardo. Nuevos estudios sobre la interpretación (Trad. D. Moreno Cruz), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

HÄBERLE, Peter. "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", en Revista de Derecho Constitucional Europeo, número 13, Universidad de Granada, Granada, 2010.

HÄBERLE, Peter. Tiempo y Constitución. Ámbito público y jurisdicción constitucional. (Trad. Jorge Luis León Vásquez). Palestra editores. Lima, 2017.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. "Justicia constitucional y poder político en Venezuela", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2016.

HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, Liborio, "Derechos, democracia y justicia constitucional" en Justicia constitucional y democracia, Actas de la XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tribunal Constitucional, Madrid, 2011.

IGLESIAS VILA, Marisa El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

JELLINEK, Georg. Reforma y mutación de la Constitución, Editorial Leyer, Bogotá, 2006.

KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)". Rolando Tamayo y Salmorán (traducción). Domingo García Belaunde (revisión), en KELSEN, Hans, Sobre la jurisdicción constitucional, Cuadernos del Rectorado, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2017.

LEIBHOLZ, Gerhard. Problemas fundamentales de la democracia moderna. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile, 2019.

LINARES QUINTANA, Segundo Víctor. Tratado de interpretación constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Curso de Derecho Político. Vol. 4, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y DE DOMINGO, Tomás. Los derechos fundamentales en el sistema constitucional, Editorial Comares, Granada, 2011.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabajo del Derecho Constitucional (Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico). (Trad. Salvador Gómez de Arteche y Catalina). Marcial Pons, Madrid, 2006.

MÜLLER, Friedrich. Teoría estructuradora del derecho. (Trad. Rossana Ingrid Jansen Dos Santos). Astrea, Buenos Aires, 2020.

NIETO, Alejandro. "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", en Revista de Administración Pública, números 100-102, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Constitución y valores del ordenamiento, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Prólogo al libro de Manrique Jiménez Meza: La pluralidad científica y los métodos de

interpretación jurídico-constitucional. 2da. Edición. Editorial Juritexto, San José, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 2010.

PINO, Giorgio. Derechos fundamentales, conflictos y ponderación, Palestra Editores, Lima, 2013.

PRIETO SANCHIS, Luis. "Interpretación constitucional" en FERRER MC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). Interpretación constitucional, Tomo II, UNAM, Porrúa, México, 2005.

PRIETO SANCHIS, Luis. "Notas sobre la interpretación constitucional", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 9, Madrid, 1991.

RAZ, Joseph. "Sobre la autoridad y la interpretación de las constituciones: Algunas consideraciones preliminares", en Anuario de Derechos Humanos, Vol. 2, Nueva Época, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego Moreno. Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. "Constitución y Tribunal Constitucional" en Revista española de Derecho Administrativo, número 91. Editorial Civitas. Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo. Marcial Pons. Madrid, 2000.
RUBIO LLORENTE, Francisco. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Constitucionalismo y democracia" en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho número 21, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2004.

SAGÜES, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución, Depalma, Buenos Aires, 1998.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada. Editorial Porrúa. México, 2017.

SAGÜES, Néstor Pedro. "Reflexiones sobre la constitución viviente (Living Constitution)", en Díkaion, Vol. 12, Facultad de Derecho, Universidad de la Sabana, Chía, Colombia, 2003.

SANTIAGO, Alfonso. La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Sistema del Derecho Romano Actual, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878.

SCALIA, Antonin. Una cuestión de interpretación, Los tribunales federales y el derecho, Amy Gutmann (edición), Palestra Editores, Lima, 2015.

SCHNEIDER, Hans Peter. Democracia y Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional", en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 69, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

SUNSTEIN, Cass R. A Constitution of Many Minds. Princeton University Press, Princeton, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. One Case at a Time. Judicial minimalism on the Supreme Court. Harvard University Press, Cambridge, 1999.

TAJADURA TEJADA, Javier. "Reforma, mutación y destrucción de la Constitución", en Cuadernos de Pensamiento Político, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), Madrid, 2018.
TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1993.

TRIBE, Laurence H. y DORF, Michael C. Interpretando la Constitución (Trad. J. Aliaga Gamarra). Lima, Palestra Editores, 2017.

TRIEPEL, Heinrich. Derecho público y política. (Trad. José Luis Carro). Civitas, Editorial Revista de Occidente. Madrid, 1974.

TUSHNET, Mark. Constitucionalismo y judicial review. (Edit. Pedro Grández Castro). Palestra Editores. Lima, 2013.

TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the Courts. Princeton University Press, Princeton, 2000.

VIEHWEG, Theodor. "La filosofía del Derecho como investigación básica", en Tópica y filosofía del Derecho, Gedisa, Barcelona, 1992.

VIGO, Rodolfo Luis. Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Buenos Aires, 2015.

WALDRON, Jeremy. Contra el gobierno de los jueces (Trad. Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virgüez Ruiz). Siglo veintiuno editores. Buenos Aires, 2018.

WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos (Trad. José L. Martí Mármol y Á. Quiroga). Marcial Pons, Madrid, 2005.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Civitas, Madrid, 2001.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho. (Trad. Juan Igartua Salaverría y Francisco Javier Esquiaga Ganuzas). Editorial Grijley. Lima, 2013.
ZACCARIA, Giuseppe. Razón jurídica e interpretación. (Comp. Ana Messuti). Thomson Reuters Civitas. Madrid, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, novena edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÒ, Valeria. Justicia constitucional. Vol. I: Historia, principios e interpretaciones. (Trad. César E. Moreno More). Editorial Zela, Puno, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional. Editorial Trotta. Madrid, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política. Editorial Trotta. Madrid, 2008.

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E SUA (DES)APLICABILIDADE NO CAMPO FÁTICO PARA PESSOAS SEM ACESSIBILIDADE: EFICÁCIA OU NÃO

ELECTRONIC COURT PROCESS AND ITS (DIS)APPLICABILITY IN THE FACTUAL FIELD FOR PEOPLE WITHOUT ACCESSIBILITY: EFFECTIVENESS OR NOT

Renato Vicente Nonato[1]

O presente estudo tem como objetivo apresentar o panorama de gradativa informatização do processo judicial no Brasil a partir da utilização aleatória de novas tecnologias, até chegar-se à previsão legal de um modelo abrangente de processo eletrônico. Objetiva também abordar aspectos gerais da Lei nº 11.419/06, sua correlação com os princípios que regem o processo, bem como destacar as principais ações iniciadas pelos tribunais, orientadas e supervisionadas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, na busca da regulamentação e implantação de um processo e de procedimentos totalmente eletrônicos.

Palavras-chave: Processo judicial eletrônico; (Des)aplicabilidade; pessoas sem acessibilidade; Eficácia.

[1] Advogado Militante e autor de artigos jurídicos.

The present study aims to present the panorama of the gradual computerization of the judicial process in Brazil from the random use of new technologies, until reaching the legal provision of a comprehensive model of electronic process. It also aims to address general aspects of Law No. 11,419/06, its correlation with the principles that govern the process, as well as highlight the main actions initiated by the courts, guided and supervised by the National Council of Justice - CNJ -, in the search for regulation and implementation a fully electronic process and procedures.

Keywords: Electronic judicial process; (Dis)applicability; People without accessibility; Efficiency.

INTRODUÇÃO

Para o jurisdicionado, a longa duração dos processos implica ineficácia e inutilidade do provimento judicial. Essa morosidade compromete não só a efetivação do direito buscado, no âmbito da lide, mas também abala a credibilidade do Poder Judiciário, perante a sociedade, para solução dos litígios, dado o sentimento geral de denegação da justiça e de restrição do acesso à jurisdição.

1 O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

As modificações sociais tendem a influenciar dentro do campo jurídico das decisões e fundamentações jurídicas. Desta forma a internet como meio de comunicação também veio a pairar no campo do judiciário, fazendo que alguns a pensassem como um meio fim para solucionar a nítida morosidade pela qual passamos seja em decorrência dos inúmeros processos vigentes, que seja pela falta de contratação para que assim venha a suprir as necessidades judiciais.

A solução que já se apontava com a aparição em alguns Estados ou órgãos específicos da informativa ou de meios eletrônicos para se tentar uma melhor celeridade na prestação do serviço começou a se difundir.

Desta forma veio a surgir a informatização do processo judicial instituída pela Lei nº 11.419/06.

Desta maneira quer seja pela Lei nº 9.800/99 que veio a permitir às partes a utilização de sistemas de transmissão processual por via eletrônica, ou da Portaria nº 3.222/01 ao referir-se ao Juizado Virtual, bem como a Medida Provisória nº 2.200-2, de 28.08.2001, sobre as transações ou, ainda, a Resolução nº 13 de 2004 – Paraná, TRF 4ª Região - Juizados Especiais Federais.

Caminha neste mesmo sentido a Emenda Constitucional nº 45, que entrou em vigor em 31 de dezembro de 2004, alterou o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88, fazendo constar que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Com tantos meio inovador de comunicação entendeu-se ser o meio eletrônico o caminho mais eficaz para uma duração razoável do tramite processual.

Desta maneira o ordenamento jurídico, vem acreditando que o melhor meio para que se garanta acesso rápido e seja uma tutela jurisdicional e condições rápidas praticas e acessíveis para as partes de um processo.

Assim, com a Emenda nº 45/04 e no âmbito da Justiça Federal pela criação dos Juizados, através do Conselho Nacional de Justiça tem se esforçado para dar cada vez mais força ao modelo eletrônico para proporcionar maior celeridade e economia processual, assim como ampliação do acesso à jurisdição.

Estima-se desta maneira que o Processo Judicial eletrônico, venha suprimir uma lacuna de cunha temporal bem como de mão de obra do judiciário para dar assim uma resposta mais rápida ao anseio do tramite processual.

Muitos juristas já apontaram ser a melhor maneira de solução da morosidade judicial o processo eletrônico, porem deve-se verifica ao redor de essa proposta de reformulação e ampliação dos processos por meio eletrônicos tem no campo pratico seu alcance real, ou se tão somente transmitiu-se um problema físico para o campo virtual.

2 PROCESSO DIGITAL E SUA ACESSIBILIDADE

O processo digital visa uma acessibilidade mais rápida as respostas processuais, logo, uma mudança na lentidão em que caminham os processos atuais. Tamanhas são as mudanças no mundo que ignorar a necessidade de informatizar seria um retrocesso no campo jurídico, pois se todos os setores do cotidiano se utilizam dos mecanismos jurídicos o judiciário não poderia de lançar mão deste mesmo campo de utilização.

Agora nos encontramos em um novo campo de atuação onde direito e informática caminham juntos para regularizar e acelerar decisões suprindo as necessidades atuais. Mas também devemos levar em consideração, a capacidade em que as normas jurídicas têm de poder absolver toda a esfera processual, tendo em vista, que o mundo bem como o ambiente jurídico processual, não foram programados para a internet e informatização das coisas, ainda mais por se tratar de algo novo que veio trazer uma considerável mudança na vida das pessoas.

Logo as próprias decisões jurídicas e a maneira de julgar e sentenciar, de analisar e devem de ser percebidas também diante de um enfoque informatizado, pois as maiores mudanças dos últimos tempos foi na esfera eletrônica, logo, não podemos deixar de regularizar ferramenta tão importante. Não é possível deixar de analisar o viés eletrônico como de tem feito em alguns momentos como o Código Penal o com as próprias leis trabalhistas, ambas que necessitam de uma reavaliação de sua estrutura jurídica.

Assim, fica uma dúvida que paira no ar, pois o alcance da norma jurídica tendo ela agora de revestido da informatização, veio a realmente cumpri com o papel para o qual ela foi criada, ou simplesmente informatizamos um problema, sem trazer a ele solução concreta. Esse novo emprego de metodologia jurídica técnica tem alcançado seu enfoque.

O Processo virtual ou também chamado de telemático, como agora meio eletrônico a ser

implantado gradativamente em todas as áreas e esferas do Brasil, como uma forma de substituir o antigo método de papel ainda passará por várias modificações até que se maximize dentro da esfera digital. Com certeza uma grande dificuldade esta em poder transformar os processos físicos hoje em meio eletrônico os que demandaria a necessidade de um mutirão judicial para sua efetividade, o que não tem acontecido dentro do campo pratico.

Gilberto Marques Bruno diz:

> expressão polissêmica (vários sentidos , muitos significados) "informatização do processo" é utilizada para designar diversos aspectos setoriais dessa informatização, sendo o mais elementar a digitação de textos em computador, e os mais complexos ,entre outros, a comunicação via eletrônica de atos processuais, o cumprimento de mandados via internet ou e-mail, a admissão de documentos eletrônicos e de assinaturas digitais, culminando com os chamados autos virtuais, quando se substitui o papel – suporte habitual dos autos – pelo próprio meio eletrônico, onde aqueles atos processuais, em boa parte, são atualmente realizados. Entretanto, a substituição dos autos convencionais, pela mídia eletrônica, talvez seja a medida de maior impacto, entre os usuários e a opinião pública e representa ou é tido, impropriamente, como a informatização integral do processo. (BRUNO,2002, p. 351).

Esse novo meio de manifestar e publicizar as decisões de atos e procedimentos, por mudar radicalmente a forma de acesso ao judiciários, objetiva-se não somente diminuir o tempo razoável da duração do processo bem como de otimizá-lo, porem isso exige uma reinvenção dos processos já que os usuários desse sistema que sejam servidores quer seja magistrados ou advogados ainda encontram grandes dificuldade em seu manejo, seja ele por falta de conhecimento de informática ou pela não uniformização de todos os meios para que assim promova um integração entre sistemas e ainda entre estados par que reflita dessa maneiras uma praticidade no mundo visível das decisões.

Araújo Almeida Filho (2008, p. 17), considera de grande relevância da realização de reformas processuais e procedimentais, pode-se concluir que a implantação do processo eletrônico corresponde à ideia de ampliação do acesso à jurisdição. Isso quer dizer tornar acessível, visível, pratico, dinâmico e ao alcance de todos. Por vez irá dessa forma acabar com a morosidade jurisdicional na prestação do serviço jurídico, bem como desburocratizar o mundo judicial.

Estamos assim diante de uma maneira de reinventar a atuação jurídica processual, em que até mesmoo estagiário terá uma nova forma e enfoque na maneira de aprender a técnica e as normas jurídica, pois em algum momento as atividades forenses tendo em vista esse novo meio de atuar, sendo agora no campo informatizado, irá tirar em grande parte aquele contato forense da advocacia, local onde mais acontecia os debates e trocas de informações para o crescimento e formação jurídica.

Mas digno de nota e percebermos as modificações dentro do campo principiológico, que essa mudanças irão desencadear, princípios como da celeridade processual mesmo com a implementação eletrônica ainda não estão acontecendo pelo contrário, a única mudança até o momento e que o advogado fica sabendo em tempo mais rápido que seu processo não esta andando, ou da economicidade uma vez que muitos advogados dentro do campo jurídico, que podiam passar mais tempo entro de seus escritórios por não terem um real conhecimento de informática passaram a se tornar dependentes do auxilio de terceiros em locais específicos dentro dos fóruns.

Como se verifica resultou em escritórios mais fechados e um abarrotamento considerável de advogados em filas maiores do que as da saúde pública necessitando de ajuda eletrônica, sem se falar nas constantes falhas e quedas de sistema em momentos de pico ou de advogados quase como escravos dos meios digitais uma vez que até nos finais de semana tem buscado acesso a sistemas informatizados.

Como sabido por todos um dos fatores determinantes para a morosidade processual encontra-se no tempo que um processo permanece nas mãos do magistrado para julgamento. Agora diante desse novo mecanismo processual eletrônico devemos de levar em consideração a grande dificuldade também por parte dos magistrados deles mesmo ou de sua equipe não ter conhecimento informatiza dor para manegar o processo judicial eletrônico e em outros momentos pela escassa mão de obra.

Não se deve imaginar que a informatização dos processos extingue com a necessidade de contratação, treinamento e investimento nos servidores, pois eles também devem e precisam de meios para que possam levar a diante os meios eletrônicos.

O intuito dessa nova mentalidade na esfera judicial, inegavelmente de demonstrar uma melhor forma de prestação de serviço através da celeridade bem como economia para todas as partes que compõe o processo e ainda na contemporaneidade e apresentar uma resposta mais clara e rápida para a sociedade, que na sua maioria hoje e litigante.

3 ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO ELETRÔNICO

A Lei nº 11.419/06, é uma nova forma processual de resolução de litígios com proposta de transição para que em um tempo não tão longe seja a única conforme previsão. Sua fiscalização esta sobre a guarda do Conselho Nacional de Justiça. Em 16 de dezembro de 2006, a Lei nº 11.419 ocorreu a sua promulgação passando a vigora no dia 19 de março de 2007. Todos

agora deverão de se adequarem no campo jurídico a ela em todos os níveis não podendo se eximir de conhcê-la, quer sejam Advogados, Magistrados e servidores ou de suas estruturas de funcionamento.

Em seus sucintos 22 artigos de um processo eletrônico inovador e nos seus 4 capítulos que são: Capítulo 1º - Da informatização do processo judicial, Capítulo 2º - Da comunicação eletrônica dos atos processuais, Capítulo 3º- Do processo eletrônico Capítulo 4º - Disposições gerais e finais.

Inicia-se delimitando seu alcance e norma no parágrafo 1º do artigo1º da e como sua aplicação, que será indistinta quer seja nos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição, o que demostra o interesse de uma futura unificação da plataforma a ser utilizada seguindo-se de perto o parágrafo 2º sobre os requisitos necessários para a correta identificação do signatário: i) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada e ii) cadastro de usuário no Poder Judiciário.

Para suprir a ausência física de papeis todos os atos processuais serão admitidos obrigatoriamente somente através do mecanismo chamado de assinatura eletrônica e como o mesmo e individual, procura-se assim sigilo dos documentos processuais o que já tinha no processo físico talvez de forma mais eficaz, uma vez que somente o advogado (nos processos específicos), poderia ter acesso a determinados autos.

Assim o que passou a se chamar de assinatura eletrônico criptografado tem o mesmo efeito da assinatura do advogado em papel. Desta forma estando autenticado na sua integralidade torna-se impossível sua falsificação.

Quanto ao artigo 3º, que possibilita um horário estendido para utilização dos sistemas salvo os dias específicos de sua manutenção pode ao mesmo tempo que permitiu ao advogado mais prazo, pode ter tornado o mesmo um escravo do seu próprio tempo em visa de em horários extrapolados e em finais de semana estar ainda conectado aos processos que conduz, o que por vezes acabará pode desencadear outros tipos de problema a longo prazo, somete o tempo nos dirá.

Já o capítulo três ao fazer menção da necessidade de digitalizar os documentos ainda precisa de melhoras tendo em vista sua pequena capacidade de armazenamento de documentos e ainda da impossibilidade de poder juntar filmagens e vídeos. Provavelmente em uma nova roupagem no processo judicial eletrônico essa serão algumas da inovação que deveram ser implementadas.

Até mesmo em vista da necessidade de uma melhor prestação jurisdicional e tendo em vista que o intuito do processo judicial eletrônico e o de acompanhar as modificações sociais para uma clara prestação de serviço público deverá a lei de se adequar também a toda essa mudança social, pois todas as pessoas hoje tem um Celular que graça e fotografo o que de certa forma ampliou os meios de prova vigentes.

Como ferramenta para os órgãos judiciários e de suma importância que ocorra regulamentações conforme preconizado no artigo18 casada com o artigo 19 que convalida os atos praticados por meio eletrônico antes da data da publicação da Lei nº 11.419/06, mas apenas aqueles que tenham atingido sua finalidade, sem qualquer prejuízo às partes.

Maneira diferente de adequar-se as decisões judiciais bem como assinatura digital de procuração o que é totalmente novo no capo processual.

Logo tendo em vista essas novas definições eletrônicas do processo almeja-se um meio mais seguro e célere na prestação jurisdicional.

4 INFORMATIZAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL: EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Em que pese a diversidade de previsões e inovações normativas sobre o dever de celeridade na tramitação dos processos, o processo judicial brasileiro sempre foi marcado por excessiva morosidade que, muitas vezes, acabava por inviabilizar a efetivação da decisão judicial.

Em razão disso, foram várias as iniciativas legais de incorporação gradativa de novas tecnologias para a prática dos atos processuais, que representaram verdadeiros marcos no processo de informatização dos serviços judiciários.

Mas foi como já mencionando Lei nº 11.419/06, originária do Projeto de Lei nº 5.828/01, apresentado como anteprojeto pela Associação dos Juízes Federais do Brasil - Ajufe -, que se pretendeu dar um grande passo na informatização do processo e na positivação do direito constitucional a um processo célere, introduzido pela EC nº 45/2004.

Clamando por uma necessidade de implantação de um processo judicial totalmente virtual, desde a petição inicial até o provimento jurisdicional, inclusive com a comunicação eletrônica dos atos processuais.

Não mais era aceitável que o Poder Judiciário se mantivesse à margem da onda tecnológica e da revolução da informação que se operaram nas sociedades a partir da ampliação do acesso a dados e serviços por meio da rede mundial de computadores e do estabelecimento de uma nova forma de situar-se e movimentar-se no mundo, o que levou a uma mudança nas relações institucionais com o público externo e na forma de atuação dos operadores com o processo.

5 PUBLICIDADE PROCESSUAL E O PROCESSO ELETRÔNICO

Uma vez analisado as mudanças processuais decorrentes do processo judicial eletrônico, necessário e inevitável em decorrência de tantas mudanças

tecnológicas, uma coisa ficou pairando no ar o qual é o Principio da Publicidade.

Como um dos mais importantes princípios a publicidade das decisões sempre foi muito clara no âmbito processual, pela forma que ela nos foi apresentado. Até mesmo as partes que compunha ao processo desde que devidamente identificados poderiam requer no balcão de uma secretaria informações basilares sobre andamento processual ainda que tal tarefa e de seu representante legal ou ainda requerer cópia até mesmo no interior teor sobre a lide.

Isso não mais e possível, com novo mecanismo de acesso ao judiciário, pois aqueles volumosos processos que tramitavam ocupando espaços físicos as vezes irreais, com o novo mundo do processo judicial eletrônico não existirá mais e conjuntamente com ele a impossibilidade de acesso a tais informações.

Quedar-se os olhos considerando que o andamento processual sofreu evoluções e desconsiderar a quantidade de pessoas com dificuldades de acesso ao a informática, e ao grande numero ainda existente de pessoa praticamente analfabetas juridicamente. Assim temos uma grande lacuna processual em decorrência de tornarem públicas as manifestações. Logo uma vez que tais ações não mais encontram-se acessíveis a todos os que dela necessitam de informação, até que ponto podemos consideram constitucional um sistema que acaba por vez retirando de alguns o acesso a suas próprias decisões no tramite processual.

Ignorar ou reter qualquer principio, destacando-se aqui ublicidade dos atos processuais no rol de Direitos e Garantias Fundamentais, onde a transparência é tida como regra, de acordo com o disposto no artigo 5°, inciso LX. Outrossim, o artigo 93 da Lei Maior dispõe acerca da publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário, consagrando as limitações previstas no art. 5º.

Como o foco principiológico e o de dar valor e clareza a sociedade não podemos fechar os olhos a tal acontecimento. Deve-se de repensar ainda em tempo oportuno mecanismos que torne claro a publicidade dos atos processuais, como sendo uma regra principiológica a ser observada.

Neste aspecto, relacionam-se o princípio da publicidade processual, e o processo eletrônico. Assim, os atos processuais devem ser públicos, o que não pode ser diferente nestes casos, devendo-se, contudo, respeitar a privacidade e a intimidade alheia, em determinadas circunstâncias, devendo, por óbvio, haver certa relativização à publicidade dos atos processuais, principalmente no processo eletrônico, onde o acesso é mais democrático se comparado aos processos físicos, guardados sob vigilância em cartórios judiciais.

Dinamarco diz:

> Nesta senda, reitera-se a necessidade de que se tenha um controle especial quanto à publicidade no processo eletrônico, veiculado na internet, eis que esta ferramenta potencializa significativamente os efeitos da divulgação de informações processuais. (DINAMARCO, 2005).

Sobre a publicidade dos atos processuais, reitera Dinamarco (2005) que tal instituto constitui projeção da garantia constitucional do direito à informação, presente no artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal, e da transparência, destinada a permitir o controle interno e externo dos atos processuais.

No mesmo norte, no que concerne ao conhecimento pelas partes e seus patronos, a garantia constitucional da publicidade dos atos do processo, emanadas dos artigos 5°, LX e 93, IX da Constituição Federal, constituem apoio operacional à efetividade do contraditório, de modo que a reação da parte depende da ciência que lhe é dada, não sofrendo limitação alguma o princípio da publicidade quanto às partes, conforme se aufere do próprio artigo 155 do Código de Processo Civil.

Deve de ser pensado urgente a garantia de garantias, bem como otimizar a publicidade dos atos processuais.

Uma vez respeitadas as prerrogativas retro expostas, este mecanismo só tem a trazer ganhos à atividade jurisdicional e a todos que precisam ou um dia precisarão demandar em juízo.

CONCLUSÃO

Assim às mudanças de paradigmas que ensejam a implementação do processo eletrônico no Poder Judiciário serem utilizados não podem deixar de perceber a necessidade social a qual entra inserida bem com das pessoas que fazem parte dela.

Digno de nota é que os componentes dessa transição processual devem de trabalhar em harmonia, fazendo apontamento e mostrando a melhor a maneira que a efetividade do processo judicial eletrônico venha a alcançar o motivo pelo qual ele foi criado.

Ainda encontramos com certeza em um campo embrionário de todas as mudanças, mas devemos de programar e trabalhar par dar um salto mais alto, o qual seja o de dinamizar o judiciário e o tirar do engessamento constante pelo qual tem passado.

Não devemos nos esquecer de que por trás da implantação do processo eletrônico existem profissionais capacitados, empenhados em fazer do processo eletrônico uma realidade, sem descuidar-se das normas legais e técnicas e que os mesmos enfrentam cotidianamente inúmeras barreiras de toda ordem, em todos os aspectos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. Processo Eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ARAS, Vladimir. Analfabetos tecnológicos são os náufragos do futuro. *In:* KAMINSKI, Omar. *Internet* legal: o direito na tecnologia da informação. Curitiba: Juruá, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A reforma do Judiciário: Aspectos relevantes. *In:* BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha (org.). Novas direções na governança da Justiça e da Segurança. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Processo judicial eletrônico. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. Judiciário não pode resistir aos avanços tecnológicos. *In:* KAMINSKI, Omar. *Internet* legal: o direito na tecnologia da informação. Curitiba: Juruá, 2004.

GRECO, Leonardo. O processo eletrônico. *In:* SILVA JÚNIOR, Roberto Roland Rodrigues da (org.). Internet e Direito – reflexões doutrinárias. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001.

GRISSANTI, Suely M. Os meios de comunicação e o acesso dos cidadãos à Justiça. *In:* SADEK, Maria Tereza (org.). Acesso à justiça. São Paulo: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009,

GUEIROS JÚNIOR, Nehemias. Mundo jurídico quer acompanhar celeridade digital. *In:* KAMINSKI, Omar. Internet legal: o direito na tecnologia da informação. Curitiba: Juruá, 2010.

A JURISDIÇÃO EM RAZÃO DA RESPONSABILIDADE TRANSNACIONAL DAS EMPRESAS PERANTE A COLETIVIDADE DOS PAÍSES QUE OPERAM

THE JURISDICTION IN REASON OF THE TRANSNATIONAL RESPONSIBILITY OF COMPANIES BEFORE THE COLLECTION OF THE COUNTRIES IN WHICH THEY OPERATE

Ricardo Hasson Sayeg [1]

As empresas transnacionais são os principais atores do processo de globalização econômica que acabou sendo reconhecido com a conferência de Breton Wood em 22 de Julho de 1944, sendo certo que as empresas se submetem ao ordenamento jurídico dos países em que operam; entretanto, diante da perspectiva do mundo globalizado, este modelo de responsabilização, perante a coletividade dos países em que operam, é insuficiente no contexto de uma economia que é global, fazendo muitos autores buscarem uma perspectiva internacional de responsabilização das empresas transnacionais por violações aos direitos humanos. A presente reflexão visa, a partir de uma análise do Ato de Indenização Alienígena (Alien Tort Statute – ATS), em especial o caso Nestle v. Doe, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, verificar a evolução no Direito Americano quanto à possibilidade de responsabilização transnacional de empresas americanas em solo nacional por atos cometidos fora das fronteiras do país e, ao final, comparar com a solução nacional brasileira.

[1] Professor Livre-Docente de Direito Econômico da PUCSP, Doutor e Mestre em Direito da PUCSP. Presidente da Comissão Nacional Cristã de Direitos Humanos do FENASP. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8715856132028730. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7059-085X.

Palavras-chave: Empresas transnacionais; Direitos humanos; Responsabilização internacional; *Alien torts Statute; Nestle v. Doe*.

Rodrigo Campos Hasson Sayeg [2]

Transnational corporations (TNCs) are the main actors in the economic globalization, a process that since the Breton Woods Conference in 1944, has been recognized by the world. It is clear that companies must respect the laws of the host country; however, this article argues that this kind of accountability is insufficient in the context of a global economy and it discusses the absence of accountability mechanisms for human rights violations by TNCs in the international realm. This article aims, through an analysis of the Alien Tort Statute – ATS, and the Nestle v Doe, case decided by the Supreme Court, to verify, under the deductive hypothetical method, if it is possible to nationalize international liability and torts for acts committed outside a country's borders and, at the end, compare with the Brazilian national solution.

Keywords: Transnational corporations; Human rights; International accountability; Alien torts Statute; Nestle v. Doe.

[2] Professor do Curso de Especialização de Direito Penal e Direito Processual Penal da PUCSP e Professor de Direito Empresarial da UNINOVE, Mestre em Direito Americano, Cum Laude, pela *California Western School of Law* e Doutorando em Direito Empresarial pela UNICURITIBA, Membro Titular da Comissão Nacional Cristã de Direitos Humanos do FENASP. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5970009973787913.

HOMENAGEM AO PROFESSOR JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM

Antes de tudo, imperioso dizer que muito nos honra participar desta justa homenagem póstuma ao Professor Titular de Direito Civil da PUCSP José Manoel de Arruda Alvim. Nossa amizade e aliança com a Família Arruda Alvim é pública, inquebrantável e perpetua. É uma grande honra fazermos parte deste momento de júbilo a, seguramente, um dos maiores juristas da história de nossa Nação. Ele marcou o Direito Privado e Processual brasileiro; e, com certeza, sua memória, como magnífico Professor e Jurista, está eternizada.

INTRODUÇÃO

As empresas transnacionais são os principais atores do processo de globalização econômica que acabou sendo reconhecido com a conferência de *Breton Wood* em 22 de julho de 1944, as quais se submetem à jurisdição dos países em que operam.

Entretanto, diante da perspectiva do mundo globalizado, este modelo de responsabilização, perante a coletividade dos países em que operam, é insuficiente no contexto de uma economia que é global, fazendo muitos autores buscarem uma perspectiva internacional de jurisdição em face da responsabilização das empresas transnacionais por violações aos direitos humanos.

O tema de direitos humanos e empresas, no tocante as novas formas de responsabilização de agentes econômicos por danos ambientais e sociais, passou a integrar a agenda internacional por diversos motivos: (i) a atenção cada vez mais dispensada às obrigações em direitos humanos de atores não-estatais; (ii) o reconhecimento crescente de direitos econômicos e sociais como direitos humanos em suas múltiplas dimensões; e (iii) as campanhas além do âmbito das Nações Unidas contra o potencial destrutivo de ações corporativas de grandes proporções[1].

A atuação de entidades internacionais como a ONU está a permitir uma profunda discussão global quanto à efetiva responsabilização de agentes transnacionais em relação as violações de direitos humanos que estes possam vir a cometer fora das fronteiras de países em que possuem sede e domicílio.

Ocorre que, dentro dos instrumentos de responsabilização nacionalizada de danos internacionais que estão em vigor atualmente, é importante a análise e evolução jurisprudencial da aplicação do instrumento existente nos Estados Unidos da América, o *Alien Tort Statute* (*ATS*) de 1789, que justamente permite e estende a jurisdição do Poder Judiciário Norte Americano no sentido de promover a harmonia das relações internacionais ao assegurar a estrangeiros remédios legais para combater a violação do Direito Internacional em circunstancias nas quais a quebra de direitos possa provocar a responsabilização do Estado em face das demais nações do planeta.

Atualmente a Nestle foi processada nos Estados Unidos da América por violações cometidas por empresas terceirizadas na África, na produção agrícola de cacau com a utilização de crianças escravizadas, cujo caso foi julgado pela Suprema Corte Norte Americana (*Nestlé USA, Inc. v. Doe I*).

Então, no presente trabalho, visando verificar a viabilidade de um instituto similar, analisará o instrumento do *ATS*, seus precedentes, em especial o decido a propósito de jurisdição nos Estados Unidos da América em Nestle *v. Doe*, para verificar a jurisdição para responsabilizar uma Pessoa Jurídica por condutas extraterritoriais violadoras de direitos humanos.

1 DO CONTEXTO – DO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO

A globalização é um dos processos de aprofundamento internacional da integração econômica[2], que teria sido impulsionado pela mentalidade capitalista, neoliberal, de expansão de negócios associada à redução de custos dos meios de transporte e comunicação dos países no final do século XX e início do século XXI[3].

Em 2000, o Fundo Monetário Internacional (FMI) identificou quatro aspectos básicos da globalização: comércio e transações financeiras, movimentos de capital e de investimento, migração e movimento de pessoas e a disseminação de conhecimento[4].

Nesse contexto de mundo globalizado as empresas vieram a possuir relacionamentos comerciais com praticamente todos os continentes, configurada pelo desenvolvimento de práticas de

[1] FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo , v. 6, n. 11, p. 174-191, Dec. 2009 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso>. access on 25 Feb. 2021. https://doi.org/10.1590/S1806-64452009000200009.

[2] ALBROW, Martin; KING, Elizabeth & International Sociological Association, Globalization, knowledge, and society : readings from International sociology, Sage em associação com a International Sociological Association, Londres 1990. Texto original: "...all those processes by which the peoples of the world are incorporated into a single world society."

[3] GUYFORD, Stever, H.. "Science, Systems, and Society." Journal of Cybernetics, 2(3):1-3. (1972) doi:10.1080/01969727208542909

[4] FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI) "Globalization: Threats or Opportunity." 12.04.2000: IMF Publications. Extraído de https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/041200to.htm . Acesso em 11.01.2021

comercialização voltadas para regiões fora das fronteiras do país em que a empresa tem sede.

Assim, a internacionalização das empresas pode ser compreendida como um processo estratégico adotado para realização de ações comerciais competitivas e ampliação dos mercados, percebido por intermédio de fatores determinantes do grau de internacionalização[5].

Ocorre que, nesta ampliação promovida pela globalização, que instrumentalizou o Neoliberalismo, ocorreu uma reorganização econômica.

Em decorrência deste contexto alteraram-se as relações de poder econômico, uma vez que a supremacia deste poder não mais está ligada a detenção de propriedade territorial, mas sim com aqueles que são capazes de circular transnacionalmente com ações comerciais, dados e capital de forma intensa, *on-line e real-time* [6].

Não estamos mais na era das estruturas materiais patrimoniais e, sim, no reinado do capitalismo pela conectividade digital dos capitais. Dentro destes contextos é que estão inseridas as empresas multinacionais que evoluíram para as empresas transnacionais[7].

Ocorre que, com essa transferência das relações de poder e evolução para criação de instituições mais fluidas, tais estruturas de poder empresarial ficaram intangíveis e difíceis de serem reguladas, especialmente no que tange as suas ações comerciais competitivas fora dos limites territoriais de sua sede.

Neste universo empresarial fluido e digital, fica ainda mais intenso o fenômeno de diluição das estruturas empresariais transnacionais que no final do século passado estavam sendo denunciadas por José Eduardo Faria:

> "Esse tipo de estruturação e organização funcionais permite a um conglomerado transnacional ou uma companhia global estabelecer entre suas diferentes unidades um intricado conjunto de relações horizontais e de transações comerciais, cujo valor ou preço não é determinado pelo mercado, porém por critérios de ordem basicamente contábil e financeira, a partir dos custos de produção [...], o que dá aos conglomerados uma enorme autonomia frente aos mercados, aos sistemas regulatórios e às autoridades fiscais nacionais, aos grupos de interesses organizados e aos poderes locais onde cada uma de suas unidades está localizada, pulverizando assim as possibilidades de controle sobre sua contabilidade, sobre seus fluxos horizontais e verticais de pagamentos e sobre suas remessas de capital."[8]

2 DAS VIOLAÇÕES CORPORATIVAS OFF-SHORE AOS DIREITOS HUMANOS

Neste ambiente emerge o problema em certas corporações transnacionais na consecução de seus planos estratégicos e respectivas ações comerciais competitivas, ao eventualmente causarem violações de direitos humanos, aproveitando-se das oportunidades e liberalidades que há em países menos desenvolvidos, com suas instituições mais vulneráveis.

Significa dizer que, na globalização há um clima empresarial propício para as empresas transnacionais realizarem violações corporativas *off-shore* aos direitos humanos, usando da hipossuficiência de determinados países soberanos.

No *The Guardian* há, em edição de 2017, denúncia em que a *British American Tabaco* (*BAT*) e outras companhias transnacionais do segmento, para melhor atender seus interesses capitalistas, ameaçaram países africanos para que estes flexibilizassem suas leis protetivas quanto ao consumo de cigarros[9].

Em contraposição, conforme relatório da *Human Rights Watch*, para o futuro deve-se esperar um crescimento da tendência de Legisladores e grupos organizados requererem que as companhias transnacionais instaladas em seus países respeitem e cumpram suas responsabilidades aos seus empregados,

[5] NASCIMENTO, C. P. S.; CARDOSO, V. I. C.; CABRAL, A. C. A.; PESSOA, M. N. M. Fatores Organizacionais Internos Determinantes Da Internacionalização Das Empresas Brasileiras. In: XIV Seminários em Administração – SEMEAD, São Paulo, 2011. Anais... SEMEAD, São Paulo: FEA-USP, 2011.

[6] RIBEIRO. Elenice Baleeiro Nascimento. (Re) pensando a Soberania E Poder Do Estado Face À Globalização E Neoliberalismo : Do Estado Moderno Ao Estado Transnacional. DIREITO INTERNACIONAL: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Tema do Evento: (Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas. organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Vladmir Oliveira da Silveira, Karine de Souza Silva, Rosângela Angelin. – Florianópolis : CONPEDI, 2014. ISBN: 978-85-68147-14-6. Fls 123-138

[7] LOPES. Raphaela De Araújo Lima. A Responsabilização De Empresas Transnacionais Por Violações A Direitos Humanos Sob A Perspectiva Do Direito Internacional. DIREITO INTERNACIONAL: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Tema do Evento: (Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas. organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Vladmir Oliveira da Silveira, Karine de Souza Silva, Rosângela Angelin. – Florianópolis : CONPEDI, 2014. ISBN: 978-85-68147-14-6. Fls 123-138

[8] FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada, São Paulo: Malheiros, 1999. Fls. 74-75

[9] BOSELEY, Sarah. Threats, Bullying, Lawsuits: Tobacco Industry's Dirty War For The African Market. The Guardian. 12 de julho de 2017. Extraído de https://www.theguardian.com/world/2017/jul/12/big-tobacco-dirty-war-africa-market

as comunidades locais e ao meio ambiente[10].

Essa tendência de atitude vem acompanhando a evolução do próprio processo de globalização do mercado. Exemplo disso é o *World Council of Churches (WCC)*, uma ONG criada da parceria entre 307 igrejas cristãs protestantes e ortodoxas em mais de 150 países em todos os continentes do mundo que, em 1975, pressionou seis bancos europeus a suspenderem seus empréstimos para o regime do *Apartheid* na África do Sul e, em setembro de 1981, a ONG anunciou o fim das relações financeiras com dois bancos suíços e um da República Federal da Alemanha, pois essas instituições realizaram empréstimos para aquele país, se sustentando em coibir as violações segregacionistas de direitos humanos perpetradas por aquele regime[11].

Então, o tema de direitos humanos e empresas passou a integrar a agenda internacional. Assim, tendo em vista a intensificação destes anseios de humanismo jurídico, vem se desvendando métodos para a coibição e a regulamentação das condutas destas empresas transnacionais, como o Pacto Global. Lançado em 2000 pelo então secretário-geral das Nações Unidas, Kofi Annan, o Pacto Global é uma chamada para as empresas alinharem suas estratégias e operações aos Dez Princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção e desenvolverem ações que contribuam para o enfrentamento dos desafios da sociedade. É hoje a maior iniciativa de sustentabilidade corporativa do mundo, com mais de 16 mil participantes, entre empresas e organizações, distribuídos em 70 redes locais, que abrangem 160 países.

Porém, esses instrumentos até agora desvendados se mostram insuficientes, já que, conforme relatório da *European Union Agency for Fundamental Right*s (FRA), de 06.10.2020, as vítimas de violações de direitos humanos por companhias possuem dificuldades em seu acesso à justiça por meio do Poder Judiciário ou outros métodos alternativos de solução de conflito[12].

As Cortes Internacionais ou regionais visando a coibição de violações de direitos humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, negam-se a jugar as empresas transnacionais por se tratarem de entes privados.

Tal fato leva certos autores a afirmarem que fracassou o estabelecimento de um marco normativo de cumprimento obrigatório para as empresas transnacionais[13].

Certamente por perniciosa influência delas. Porque nada mais conveniente do que a admissão global de que as empresas transnacionais venceram e são blindadas a sua responsabilização por violações corporativas *off-shore* aos direitos humanos, usando da hipossuficiência de determinados países soberanos.

Tanto que, para Zubizarreta, há uma flagrante assimetria entre a evolução do direito comercial internacional e os Direitos Humanos, uma vez que as oportunidades da globalização que tutelou os direitos comerciais destas empresas "não aparecem acompanhadas de uma mínima evolução na aplicação direta das normas internacionais as empresas transnacionais" [14].

A *European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)* em seu relatório supracitado opinou pelas seguintes mudanças necessárias nos regramentos da União Europeia e seus Estados Membros:

• A inversão do ônus da prova para as companhias, inclusive obrigando as mesmas a divulgarem as informações necessárias para as vítimas terem a mínima condição de provarem suas alegações.
• Facilitar a utilização de medidas e ações coletivas.
• Apoiar tanto financeiramente quanto juridicamente associações e institutos que defendem direitos humanos para que estes possam representar e auxiliar as vítimas de uma forma eficiente.
• Revisão dos regramentos acerca dos custos judiciais, visando criar uma possibilidade de as vítimas arcarem com os custos da demanda judicial, sendo certo que as corporações têm uma vantagem muito relevante financeira.
• Clarificar a responsabilidade legal nos abusos transnacionais de direitos humanos praticados por companhias.

[10] HUMAN RIGHTS WATCH. Relatório. Holding Companies to Account: Momentum Builds for Corporate Human Rights Duties. 2020. Extraído de https://www.hrw.org/world-report/2020/country-chapters/global-2#. Texto original: In 2020, you should be watching for... a growing trend of national legislatures requiring companies to live up to their responsibilities to workers, communities, and the environment.

[11] BRAGA, Pablo de Rezende Saturnino. A rede de ativismo transnacional contra o apartheid na África do Sul / Pablo de Rezende Saturnino Braga. – Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. 342 p. ISBN 978-85-7631-317-5

[12] EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). Do victims of corporate human rights violations get justice? 06.10.2020. Extraído de https://fra.europa.eu/en/news/2020/do-victims-corporate-human-rights-violations-get-justice. Acesso em 11.01.2021. e EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). Report. Business and human rights – access to remedy. 05.10.2020. Extraido de https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-business-human-rights_en.pdf Acesso em 11.01.2021

[13] LOPES. Raphaela De Araújo Lima. A Responsabilização De Empresas Transnacionais Por Violações A Direitos Humanos Sob A Perspectiva Do Direito Internacional. DIREITO INTERNACIONAL: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Tema do Evento: (Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas. organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Vladmir Oliveira da Silveira, Karine de Souza Silva, Rosângela Angelin. – Florianópolis : CONPEDI, 2014. ISBN: 978-85-68147-14-6. Fls 123-138

[14] ZUBIZARRETA, Juan Hernandez. Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: história de una asimetría normativa, Bilbao: Hegoa e Omal, 2009.fls. 671.

• Requerer que as companhias avaliem os riscos e impacto aos direitos humanos das comunidades locais, visando minimizar o seu abuso[15].

Dentro dessas recomendações, embora curiosamente também seja o berço do Neoliberalismo, os Estados Unidos da América possui um diploma legal com disposições apropriadas correspondente ao *Alien Tort Statute.*

3 DO *ALIEN TORT STATUTE*

O *Alien Tort Statute* surgiu como parte da Lei de criação e organização do Poder Judiciário Norte Americano ou *The Judiciary Act*, em 1789, na qual é expressamente definido a jurisdição das Cortes Federais para a análise de lides envolvendo a lesão de direitos de "*aliens*" (estrangeiros) causados em descumprimento a "Lei das Nações" ou tratado assinado e promulgado pelos Estados Unidos[16].

Em 1946 o *Alien Tort Statute* foi incorporado no Código dos Estados Unidos, consoante a redação do Artigo 1.350, com o seguinte texto:

> As cortes federais distritais terão competência e jurisdição originária sobre qualquer medida ou ação civil ajuizada por um alien por indenização em face de ato cometido em contrariedade a lei das nações ou tratado assinado pelos Estados Unidos[17]. **(tradução nossa).**

Conforme relatado pelo Serviço de Pesquisa Legislativa do Congresso Federal Norte Americano, essa Lei foi considerada como "diferente de toda qualquer outra lei americana" e "inequiparável a qualquer outra em qualquer sistema jurídico no mundo" [18].

A intenção do Congresso ao expedir essa lei era, de acordo com a Suprema Corte Norte Americana no julgamento de *Jesner v. Arab Bank, PLC*, de promover a harmonia das relações internacionais ao assegurar aos estrangeiros os remédios legais para combater a violação do Direito Internacional em circunstancias nas quais as ausências destes direitos possam provocar a responsabilização do Estado em face das demais Nações[19].

Diante de seu especifico objeto, o *Alien Tort Statute*, apesar de existir por mais de 200 anos, foi raramente usado até 1980, quando a Corte Federal de Apelações do Segundo Circuito dos Estados Unidos da América proferiu decisão paradigma em *Filártiga v. Peña-Irala*, que permitiu a utilização do referido diploma legal em litígios que visem a indenização por violações de direitos humanos internacionalmente reconhecidos[20].

Conforme afirma o relatório feito pelo Serviço de Pesquisa Legislativa do Congresso Federal Norte Americano, conduzido por *Stephen P. Mulligan*, houve uma explosão de processos fundados no *Alien Tort Statute* nas décadas de 80 e 90, porém sofreu limitações em seu escopo por decisões da Suprema Corte nos julgamentos dos casos paradigmas *Sosa v. Alvarez-Machain*[21] e *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co*[22], que definiram que matérias totalmente fora da jurisdição territorial no EUA não estão no escopo proposto pelo *Alien Tort Statute.*

Ocorre que, como se viu no precedente da Suprema Corte do EUA em *International Shoe Co. v. Washington*, a jurisdição territorial de uma Corte surge em face de uma das partes, em especial se esta for uma pessoa jurídica, caso esta parte tenha contatos econômicos mínimos com o Estado no qual

---

[15] EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). Do victims of corporate human rights violations get justice? 06.10.2020. Extraído de https://fra.europa.eu/en/news/2020/do-victims-corporate-human-rights-violations-get-justice. Acesso em 11.01.2021. e EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). Report. Business and human rights – access to remedy. 05.10.2020. Extraido de https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-business-human-rights_en.pdf Acesso em 11.01.2021

[16] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Judiciary Act; September 24, 1789. Ch. 20, § 9, 1 Stat. 73 (1789). Texto original: SEC . 9. And be it further enacted, That the district courts shall have, exclusively of the courts of the several States, cognizance of all crimes and offences that shall be cognizable under the authority of the United States, committed within their respective districts, or upon the high seas; (...) And shall also have cognizance, concurrent with the courts of the several States, or the circuit courts, as the case may be, of all causes where an alien sues for a tort only in violation of the law of nations or a treaty of the United States

[17] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Alien Tort Statute (28 U.S.C. § 1350; ATS). Texto original: The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.

[18] MULLIGAN, Stephen P.. The Alien Tort Statute (ATS): A Primer. Washington, DC: Congressional Research Service (1.06.2018). Extraído de https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44947/4 Acesso em 13.01.2021

[19] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA Jesner v. Arab Bank, PLC, 584 U.S. __, 138 S. Ct. 1386, 1406 (2018).

[20] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA Filártiga v. Peña-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980); ver também: LILLICH. Richard B., Invoking International Human Rights Law in Domestic Courts, 54 U. Cin. L. Rev. 367 (1985), e HUFBAUER Gary Clyde, MITROKOSTAS, Nicholas K., International Implications of the Alien Tort Statute, 16 St. Thomas L. Rev. 607, 609 (2004).

[21] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA Sosa v. Alvarez-Machain. 542 U.S. 692 (2004).

[22] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co. 569 U.S. 108 (2013).

a demanda foi proposta[23].

Desta forma, em teoria, havendo contatos econômicos mínimos, nada impediria um estrangeiro propor ação de responsabilidade civil contra empresa situada, ou com filial nos Estados Unidos visando reparação por violações de direitos humanos praticados por tal empresas transnacionais.

Ocorre que, em *Jesner v. Arab Bank, PLC*[24] , a Suprema Corte Americana retrocedeu ao acolher o pedido do *Arab Bank* de extinção da ação sem julgamento do mérito. O Ministro *Anthony Kennedy* relatou a opinião da maioria, no sentido de atestar que as corporações não poderiam ser processadas em ações fundadas no *Alien Tort Statute*.

O caso, no qual era alegado que o Banco Jordaniano financiava e facilitava operações terroristas que mataram, sequestraram ou lesaram cidadãos israelenses no exterior, conforme o racional da maioria, a ação de responsabilidade foi extinta uma vez que a Corte entendeu que permitir o seguimento da demanda teria o efeito contrário do intentado pela Lei de harmonizar as relações internacionais, em razão da usurpação de jurisdição do Estado da Jordânia.

Em seu voto, o Ministro afirma que:

> A decisão consciente da comunidade internacional de limitar a autoridade de tribunais internacionais à pessoas naturais aconselha contra a posição de que há uma norma especifica, obrigatória e universal de responsabilidade empresarial dentro das regras de Direito Internacional existentes hoje. [25]

O Ministro ao se sustentar na ausência de texto especifico permitindo a responsabilização de corporações sob jurisdição norte-americana, afirmou que a recusa se dá justamente em face do medo de se tentar minar as relações com outro Estado Soberano, em virtude da usurpação de competência deste punir e do enfraquecimento de corporações oriundas deste ao serem condenadas por um Tribunal Americano, o que abriria um precedente para que "outros Estados, sob essa aplicação sugerida da Lei das Nações, possam julgar corporações americanas e suas subsidiarias por violações desta mesma Lei" e dessa forma, por meio de indenizações milionárias, impedir o investimento em países em desenvolvimento[26] .

Segundo o Ministro Anthony Kennedy, pensar diverso estaria indo contra ao propósito da Lei, ou seja, a proteção dos direitos humanos pela jurisdição americana por violações no estrangeiro abalaria as relações internacionais quebrando a harmonia entre as nações, o que seria atentatório ao conteúdo que lhe da a "Lei das Nações".

Esse entendimento Ministro Anthony Kennedy demonstra a existência de uma flagrante ruptura entre o conteúdo semântico entre o direito internacional e os direitos humanos, no qual a proteção destes esta apartada da "Lei das Nações".

Na verdade, o Ministro Anthony Kennedy dá interpretação que está a defender o interesse econômico norte-americano a prevalecer sobre o interesse internacional de tutela dos direitos humanos.

Entretanto, a decisão em *Jesner v. Arab Bank, PLC* foi pela maioria de 5 a 4, sendo que os 4 votos vencidos eram pela manutenção e autorização do prosseguimento da demanda.

A divergência, capitaneada pela Ministra Sonia Sotomayor, acompanhada pelos Ministros *Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer e Elena Kagan* arguem que o texto, a história e o propósito do diploma legal in causa apoiam a conclusão de que corporações podem ser processadas sob as regras do *Alien Tort Statute* e que o entendimento da maioria inaceitavelmente estava a absolver as corporações de toda e qualquer violação de direitos humanos[27], esvaziando esta categoria jurídica.

Entendimento este, que veio a prevalecer posteriormente, no julgamento de *Nestle v. Doe.*

---

[23] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310 (1945). No caso, a companhia foi incorporada em Delaware e tinha como principal local de comércio o Missouri, porém possuía 11 à 13 funcionários remunerados por comissão no Estado de Washington o que, na visão da Suprema Corte, em razão de sua atividade no Estado, mesmo que terceirizada ou indireta, foi o suficiente para atrair a competência para as varas do Estado de Washington.

[24] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA Jesner v. Arab Bank, PLC, 584 U.S. __, 138 S. Ct. 1386, 1406 (2018).

[25] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA Jesner v. Arab Bank, PLC, 584 U.S. __, 138 S. Ct. 1386, 1406 (2018). Texto original. "The international community's conscious decision to limit the authority of these international tribunals to natural persons counsels against a broad holding that there is a specific, universal, and obligatory norm of corporate liability under currently prevailing international law."

[26] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA Jesner v. Arab Bank, PLC, 584 U.S. __, 138 S. Ct. 1386, 1406 (2018). Texto original If, moreover, the Court were to hold that foreign corporations may be held liable under the ATS, that precedent-setting principle "would imply that other nations, also applying the law of nations, could hale our [corporations] into their courts for alleged violations of the law of nations." Kiobel, 569 U. S., at 124. This judicially mandated doctrine, in turn, could subject American corporations to an immediate, constant risk of claims seeking to impose massive liability for the alleged conduct of their employees and subsidiaries around the world, all as determined in foreign courts, thereby "hinder[ing] global investment in developing economies, where it is most needed."

[27] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA Jesner v. Arab Bank, PLC, 584 U.S. __, 138 S. Ct. 1386, 1406 (2018). Texto original In categorically barring all suits against foreign corporations under the ATS, the Court ensures that foreign corporations—entities capable of wrongdoing under our domestic law—remain immune from liability for human rights abuses, however egregious they may be.

3.1 *NESTLE INC. V. DOE.*

Conquanto a Suprema Corte Americana tenha julgado *Jesner v. Arab Bank, PLC*, a Corte Federal de Apelações do 9º dos Estados Unidos, negou-se a aplicar o referido precedente em *Nestle USA inc. v. Doe*.

Em *Nestle USA inc. v. Doe*, conforme se extrai do relato do caso, os autores da ação são crianças escravizadas, as quais foram sequestradas e forçadas a trabalhar 14 horas sem remuneração em plantações de cacau na Costa do Marfim. Elas ajuizaram ação em face das maiores companhias processadoras, consumidoras e revendedoras de cacau no mundo, dentre elas a *Nestle* dos EUA *e a Cargill inc*[28].

De acordo com a inicial, as crianças propuseram ação coletiva por danos na Corte Federal Distrital da Califórnia alegando que ambas as companhias são responsáveis por tais violações de direitos humanos, uma vez que controlam a produção de cacau na Costa do Marfim e operam com o "único objetivo de acharem a fonte de cacau mais barata possível", resultando em um sistema fundado na minimização de custos por meio da importação de cacau produzido pelo trabalho escravo de crianças.

Assim, pela cegueira deliberada, os autores acusam a Nestle de auxiliarem e coordenarem a manutenção e escravidão de crianças nas fazendas de cacau na Costa do Marfim.

A Corte Federal Distrital da Califórnia extinguiu a ação sem julgamento de mérito afirmando que: 1) as corporações não poderiam ser processadas sob os termos do *Alien Tort Statute*; e, 2) que mesmo que assim fosse possível, os autores não conseguiriam provar suas alegações [29].

Ocorre que, a Corte Federal de Apelações do 9º Circuito reformou a decisão de primeiro grau, em parte, afirmando pela possibilidade de corporações serem responsabilizadas por violações de direitos humanos, especificamente no caso em tela de lucro, auxilio e coordenação de escravidão infantil, cujas normas são "universais e absolutas" no sentido da proibição.

No seu retorno à Corte de piso, a Corte Federal Distrital da Califórnia novamente extinguiu o processo afirmando que se visava uma indenização por fato não relacionado à jurisdição dos Estados Unidos, conforme a referida decisão de *Jesner v. Arab Bank, PLC*, a qual encerra a questão da responsabilidade internacional de empresas e corporações perante o Judiciário Americano.

Todavia, a Corte de Apelações do 9º Circuito afirmou que a decisão em *Jesner v. Arab Bank, PLC* não afetaria o prosseguimento valido da ação, tendo em vista que não violaria o requisito da limitação da extraterritorialidade, uma vez que a empresa Nestle e a coordenação, aproveitamento e auxilio dos fatos imputados, são provenientes dela conforme sua gestão, estrutura e interesses coorporativos fincados em território americano, logo sob a jurisdição territorial dos Estados Unidos.

Em outras palavras, pelo fato da corporação ser americana, a decisão em *Jesner v. Arab Bank*, *PLC* não se aplicaria, especialmente pela circunstância de que o remédio jurídico perseguido visando indenizar os danos e coibir a conduta maliciosa imputada ao réu estaria em linha com a intenção do legislador de garantir a harmonia entre nações[30].

Esta conexão territorial americana à causa de pedir é provada pelo fato de que, conforme citado pela Corte de Apelações em sua decisão, há provas de que haviam regulares inspeções por funcionários americanos das companhias que sabiam e mantinham acertos financeiros para manutenção destas fazendas escravocratas[31].

A decisão foi recorrida pela Nestle, cujo recurso foi acolhido e provido pela Suprema Corte[32], porém, a fundamentação da decisão se alinha com os pontos esposados pela divergência em *Jesner v. Arab Bank, PLC* conforme exposto anteriormente.

Conforme consta do voto do Ministro Relator Clarance Thomas, este afirmou que existe um teste de duas fases para verificar a aplicação do Estatuto para matérias extraterritoriais. A primeira é se o diploma legal sugere essa aplicação extraterritorial e a segunda é que caso não seja possível a aplicação extraterritorial, se a "conduta relevante ocorreu nos Estados Unidos" [33].

Em seu voto, ao aplicar o teste, o Relator se apega a expressão utilizada pelos Autores em suas peças de que a "Nestle deve ou deveria saber" sobre a violação ocorrida. Ocorre que, para o Relator, "deve ou deveria saber" não traz um vínculo direto entre a conduta da Nestle EUA e a violação de Direitos Humanos ocorrida fora do território americano, se tratando assim apenas de mera presença corporativa[34].

[28] OYEZ. "Nestlé USA, Inc. v. Doe I.", www.oyez.org/cases/2020/19-416. Acesso em 25.01.2021.
[29] OYEZ. "Nestlé USA, Inc. v. Doe I.", www.oyez.org/cases/2020/19-416. Acesso em 25.01.2021.
[30] OYEZ. "Nestlé USA, Inc. v. Doe I.", www.oyez.org/cases/2020/19-416. Acesso em 25.01.2021.
[31] BELLON, Tina. U.S. appeals court revives Nestle child slavery lawsuit. Reuters, US Legal News. 23.10.2018. https://www.reuters.com/article/us-usa-court-nestle/u-s-appeals-court-revives-nestle-child-slavery-lawsuit-idUSKCN1MX2UM. Acesso em 22.01.2021
[32] "Nestlé USA, Inc. v. Doe I." Oyez, www.oyez.org/cases/2020/19-416. Accessed 31 Aug. 2021.
[33] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Nestlé USA, Inc. v. Doe, 593 U.S. ___ (2021). Extraído de https://supreme.justia.com/cases/federal/us/593/19-416/#tab-opinion-4440770
[34] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Nestlé USA, Inc. v. Doe, 593 U.S. ___ (2021). Extraído de https://supreme.justia.com/cases/federal/us/593/19-416/#tab-opinion-4440770

Assim, no caso da *Nestle*, a Suprema Corte concluiu existir apenas a aparência de conduta corporativa, afirmando ser necessário mais do que isso para prosseguir com a demanda em face da *Nestle* sob jurisdição norte-americana.

Porém, ela não extinguiu o processo e determinou sua remessa a origem, dando a oportunidade aos Autores de alegarem e buscarem provar que a relevante conduta ocorreu nos Estados Unidos. De fato, o que foi decidido é que, caso haja mais do que uma presença corporativa na conduta, seja ela uma coordenação ou o benefício econômico diretamente ligado a operação nos EUA.

Resumindo, a Suprema Corte estabeleceu um vínculo de jurisdição somente mediante uma relação direta entre a violação do direito e a presença da empresa nos EUA.

Cabe consignar a linha da divergência do Ministro Alito, mais alinhada a uma visão de facilitação do acesso ao poder judiciário com jurisdição nos EUA, em que se afirmou que o simples fato da empresa ser domiciliada no EUA é vinculo suficiente para se atestar a jurisdição do sistema judiciário norte-americano, apesar de fortemente criticar a aplicação neste caso do diploma legal pelo "número de suposições necessárias para sua aplicação" [35].

De qualquer forma, até o presente momento o EUA possui um precedente no qual é possível a responsabilização de pessoas jurídicas por violações de direitos humanos fora de seu território, desde que a empresa seja situada no país, tenha coordenado ou participado de forma direta na conduta fora de seu território ou que a conduta extraterritorial possua vínculo suficiente com a administração e condução da atividade empresarial da companhia para atrair o interesse jurisdicional americano.

O referido precedente está, mesmo de forma incompleta, em linha às sugestões de melhoria feitas pela *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA), também já expostas anteriormente, o que significa que existem fontes das quais o Brasil poderia se inspirar para reconhecer a jurisdição nacional de responsabilização de empresas e pessoas, aqui domiciliadas, por violações de direitos humanos fora de seu território.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, está clara a possibilidade de se reconhecer uma jurisdição de responsabilização de empresas e pessoas, aqui domiciliadas, por violações de direitos humanos fora de seu território.

Desta forma, a hipótese de ser possível uma pessoa processar uma empresa transnacional que possua sede no Brasil por violações de Direitos Humanos se sustenta em face da comparação e da legislação em vigor.

A ausência de um instrumento especifico ou até mesmo de algum caso paradigma, não impede a aplicação deste instituto, nem diminui ou muito menos constrange o uso desta possibilidade, especialmente quando considerado o aumento da relevância e importância da função social da empresa na sociedade brasileira.

Em outras palavras tolerar uma empresa violadora de direitos humanos, ainda que estas violações ocorreram fora do território nacional, não condiz com os objetivos do Estado Brasileiro, muito menos promulga a harmonia com outros Estados.

Assim, está claro que podemos nos inspirar no modelo proposto em Nestle v. Doe, para reconhecer a jurisdição quanto ao sistema efetivo de combate as violações transnacionais de direitos humanos. Em suma, aqui em nosso país, é possível responsabilizar uma Pessoa Jurídica por condutas extraterritoriais violadoras de direitos humanos, pelo reconhecimento da jurisdição nacional, desde que estejam estabelecidas no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALBROW, Martin; KING, Elizabeth. Globalization, knowledge, and society: readings from International sociology. International Sociological Association, Londres,1990.

BELLON, Tina. U.S. appeals court revives Nestle child slavery lawsuit. Reuters, US Legal News, 23 out. 2018. Disponível em: https://www.reuters.com/article/us-usa-court-nestle/u-s-appeals-court-revives-nestle-child-slavery-lawsuit-idUSKCN1MX2UM. Acesso em: 22 ago. 2022.

BOSELEY, Sarah. Threats, Bullying, Lawsuits: Tobacco Industry's Dirty War For The African Market. The Guardian, 12 jul. 2017. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2017/jul/12/big-tobacco-dirty-war-africa-market. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRAGA, Pablo de Rezende Saturnino. A rede de ativismo transnacional contra o apartheid na África do Sul. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. ISBN 978-85-7631-317-5. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/859-africa_do_Sul_A_rede_de_ativismo_transnacional_contra_o_apartheid_na_africa_do_Sul.pdf

[35] SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Nestlé USA, Inc. v. Doe, 593 U.S. ___ (2021). Voto do Ministro Samuel Alito Extraído de https://supreme.justia.com/cases/federal/us/593/19-416/#tab-opinion-4440770

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. Decreto nº 58.563, de 1º de junho de 1966. Promulga e Convenção sobre Escravatura de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58563.html. Acesso em 25.01.2021. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124 Acesso em 24.01.2021

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html. Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Artigo 21. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Alien Tort Statute (28 U.S.C. § 1350; ATS). Disponível em: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350. Acesso em: 22 ago. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Civil Procedure. Rule 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26#:~:text=Unless%20otherwise%20limited%20by%20court,the%20action%2C%20the%20amount%20in. Acesso em: 23 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Judiciary Act; September 24, 1789. Ch. 20, § 9, 1 Stat. 73 (1789). Disponível em: https://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/judiciary.html#:~:text=The%20Judiciary%20Act%20of%201789,lower%20federal%20courts%20as%20needed. Acesso em: 23 jan. 2022.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). Do victims of corporate human rights violations get justice? Disponível em: https://fra.europa.eu/en/news/2020/do-victims-corporate-human-rights-violations-get-justice. Acesso em: 11 jan. 2021.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA). Report. Business and human rights – access to remedy. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-business-human-rights_en.pdf Acesso em: 11 jan.2021.

FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999.

FEENEY, Patricia. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. Sur, Rev. int. direitos human. São Paulo, v. 6, n. 11, p. 174 - 191, Dec. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 fev. 2021.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL (FMI). Globalization: Threats or Opportunity. IMF Publications. Disponível em: https://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/041200to.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

GUYFORD, Stever. H. Science, Systems, and Society. Journal of Cybernetics, 1972. DOI:10.1080/01969727208542909. Disponível em: https://www.scirp.org/journal/Index.aspx?utm_campaign=826331897_4817238620 8&utm_source=lixiaofang&utm_medium=adwords&utm_term=journals%20in%20science&utm_content=kwd-299245945137_c____1031578_b&gclid=Cj0KCQjw0oyYBhDGARIsAMZEuMuPbvMv3SwdVNCS8P5Mnfhe_GleFRL4QdHAhTHP3uew6Ej9UU8RUfkaArD7EALw_wcB. Acesso em: 22 ago. 2022.

HUFBAUER, Gary Clyde; MITROKOSTAS, Nicholas K. International Implications of the Alien Tort Statute, 16 St. Thomas L. Rev. 607, 609 (2004).
HUMAN RIGHTS WATCH. Relatório. Holding Companies to Account: Momentum Builds for Corporate Human Rights Duties. 2020. Disponível em: https://www.hrw.org/world-report/2020/country-chapters/global-2#. Acesso em: 22 ago. 2022.

LILLICH. Richard B. Invoking International Human Rights Law in Domestic Courts, 54 U. Cin. L. Rev. 367 (1985)

LOPES, Raphaela de Araújo Lima. A responsabilização de empresas transnacionais por violações a direitos humanos sob a perspectiva do direito internacional.

Direito internacional. XXIII encontro nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014. ISBN: 978-85-68147-14-6. Fls 123-138.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL Y SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

CONSTITUTIONALIZATION OF ENVIRONMENTAL LAW AND ITS DEVELOPMENT IN THE JURISPRUDENCE OF THE PERUVIAN CONSTITUTIONAL COURT

Roxana Elizabeth Becerra Urbina [1]

El presente trabajo revisa el proceso de constitucionalización del Derecho Ambiental en el ámbito peruano. Analiza conceptos respecto al contenido del Derecho Ambiental y la tutela estatal respecto al medioambiente, enfocándose principalmente en el acceso a la justicia ambiental en sede constitucional. Para luego, pasar a revisar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que delimita algunos términos relacionados con el Derecho al medio Ambiente, como son: Derecho al ambiente sano y equilibrado, medio ambiente, Proceso de Amparo en materia ambiental, derecho fundamental del medio ambiente sano y equilibrado, Principio de Protección del Medio Ambiente y

[1] Juez del Juzgado Mixto de la provincia de Canta, departamento de Lima, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

Economía Social de Mercado, legitimidad, pretensiones colectivas o difusas, desarrollo, acceso al agua, desarrollo sostenible, proyectos extractivos y política pública.

Palavras-chave: Constitucionalización; Derecho Ambiental; Justicia ambiental; Tribunal Constitucional; Derecho al ambiente sano y equilibrado.

This paper reviews the process of constitutionalization of Environmental Law in Peru. It analyzes concepts regarding the content of Environmental Law and state protection of the environment, focusing mainly on access to environmental justice in constitutional courts. It then goes on to review the jurisprudence of the Peruvian Constitutional Court that delimits some terms related to the Right to the Environment, such as: Right to a healthy and balanced environment, environment, Process of Protection in environmental matters, fundamental right to a healthy and balanced environment, Principle of Environmental Protection and Social Market Economy, legitimacy, collective or diffuse claims, development, access to water, sustainable development, extractive projects and public policy.

Keywords: Constitutionalization; Environmental law; Environmental justice; Constitutional Court; Right to a healthy and balanced environment.

INTRODUCCIÓN

Cualquier movimiento económico que incluya la extracción de bienes (pesca, servicio de guardabosques, energía, minería, etc.) produce efectos ecológicos, en el ciclo extractivo, pero también en el tratamiento y cambio de los bienes retirados. La globalización, manifestada en términos monetarios, también se percibe en un mundo que depende de la tierra.

Sin embargo, esta realidad nos obliga a asumir un compromiso de transmitir un clima sin graves alteraciones a las personas en el futuro. Mas ese deseo no está acorde con la progresión de problemas ecológicos que se visibilizan en la actualidad. Datos científicos indican que, hoy se yerguen como grandes peligros a nivel global, un aumento de la temperatura en toda la Tierra, el deterioro de la capa de ozono, la desaparición de los bosques tropicales y de diferentes sistemas biológicos, con la consiguiente pérdida de especies, la contaminación y, en general, el agotamiento de reservas de aguas, etc.

La sociedad necesita producir más y trabajamos interviniendo la naturaleza, avanzando con nuevos cultivos para crear mayores cosechas, sin embargo, no hacemos mucho para prescindir de los residuos o controlar los peligros de procesar esos desechos de forma segura.

En Perú, los temas más preocupantes incluyen una gran agenda de temas, como el movimiento minero informal, la discusión sobre los bienes de la tierra y la utilización del agua, conflictos con la población residente indígena, la contaminación ambiental, entre otros temas. Esta situación requiere, por tanto, una reacción decidida por parte del Estado, que tiene el rol tutelar del ambiente, para ello se requiere de una estructura institucional sólida en el marco institucional legal, sino que además debe contar con los activos humanos, especializados, así como una inversión en la infraestructura necesaria para ello, así como los recursos financieros suficientes.

Hoy en día, más que nunca, el clima tiene una especial importancia, además; es una preocupación en el desarrollo de nuestra sociedad; tema que no es insignificante, como aparentemente podría pensarse, si lo sumamos a la larga lista de pendientes, como la búsqueda de la disminución del desempleo, la batalla contra el crimen o la lucha contra la corrupción. Nuestro futuro depende de su protección y de su sabia utilización, así como de nuestra capacidad para ajustarnos a las cambiantes circunstancias ecológicas, tanto a nivel global como local. En consecuencia, el examen de sus características, sus debilidades, sus peligros, es esencial. De allí, la importancia de la búsqueda de encontrar las respuestas a esa problemática, que es a la vez local y global.

De allí que el caso particular del Perú, considerado como uno de los diez países megadiversos del planeta sea de especial preocupación. Precisamente debido a que el país atraviesa un camino de dificultades y desorden institucional, provocado por diversos elementos, circunstancia que se debe transformar a través del fortalecimiento institucional de sus diversos elementos que intervienen en el control ambiental.

El Estado tiene el deber primordial de establecer los medios o mecanismos de acceso a la justicia para prevenir o neutralizar la producción de un daño ambiental y para recomponer el ambiente dañado, así como para imponer medidas correctivas al productor del daño al medioambiente. Por ello, la institucionalidad debe estar orientada para garantizar el derecho a gozar de un ambiente saludable, adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida, ya que es un derecho humano.

De allí la relevancia del acceso a la justicia ambiental, la utilización oportuna de las medidas cautelares, la defensa de los intereses colectivos, ya que, como titular del derecho humano y fundamental, cualquier persona tiene el deber y el derecho de exigir la tutela del bien colectivo, ya sea a través de pretensiones individuales o colectivas.

En el presente trabajo vamos a analizar el proceso de constitucionalización del Derecho Ambiental en el ámbito peruano, revisando conceptos respecto al contenido del Derecho Ambiental y la tutela estatal respecto al medioambiente, enfocados principalmente en el acceso a la justicia ambiental en sede constitucional, la que ha emitido un conjunto de extractos de sentencias que delimita algunos términos relacionados con el Derecho al medio Ambiente y que forman un conjunto de jurisprudencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano.

1 ÁMBITO Y CONTENIDO DEL DERECHO AMBIENTAL

El campo de estudio del Derecho Ambiental, se caracteriza por un "conjunto de principios y derechos que están referidos al bien jurídico medioambiente" (BORRERO, 2012). Para Lanegra (2008), lo que identifica al Derecho Ambiental contemporáneo, es su concepción holística del ambiente que "presupone una relación causal entre la acción humana y los problemas ambientales, lo cual sirve de base para la asignación de obligaciones y responsabilidades jurídicas" (p. 55 - 56), por ello, es posible regularlo.

Su contenido, está vinculado con el establecimiento de normativas de protección del medioambiente (BORRERO, 2012). Regulando las acciones y relaciones humanas que impactan sobre las condiciones ambientales que en conjunto son consideradas indispensables para la buena vida de la

comunidad y para la protección humana, así como para el mantenimiento de los ecosistemas.

Según esta postura:

> [...] la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por lo tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de carencia son sustituidos por problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica [...] (LANEGRA, 2008, p. 55 - 56).

Para Lanegra (2008), Las consecuencias de estas tareas, el aseguramiento de las circunstancias ecológicas esperadas, la identificación de los peligros y el significado de los mejores medios para enfrentarlos se convierten en establecimientos legítimos, determinando en un ordenamiento de la tarea legal de las mercancías naturales, así como de los gastos de los pesos y peligros naturales entre los diversos actores de la sociedad, produciendo así compromisos y obligaciones inequívocas, cuya solidificación, en todo caso, no depende completamente de la regulación ecológica, sino de la institucionalidad política y legítima en su conjunto. Una razón definitiva para el conjunto de leyes, en su aspecto natural, es garantizar el sostenimiento de las mínimas circunstancias ecológicas, o en términos legítimos, garantizar la poderosa posibilidad de la satisfacción en el derecho a un clima satisfactorio. Este punto de vista sugiere que el Derecho Ambiental debe atender a las dos cuestiones de equidad y competencia. Esta delimitación del contenido del derecho ambiental es un propósito continuo, ya que se va adecuando a la luz de las solicitudes del mundo real (HUERTA, 2013).

Es aquí donde se presenta con mayor claridad cuestiones como: las limitaciones del desarrollo, iniciada en la idea limitada de la Tierra, una más de las perspectivas destacadas en el avance del Derecho Ambiental; otro aspecto a tener en cuenta, se deriva de los resultados del ciclo de globalización para el Derecho Ambiental. Esta exigencia de medidas directivas, de dación de leyes que respondan a cada una de las cuestiones anteriores, ha impulsado la creación de normas para el Derecho Ambiental, lo que ha contribuido a certificar su particularidad como área de trabajo legítima. Así, las normas de asimilación de los gastos y la obligación ecológica tratan de repartir los pesos y los peligros a las personas que los producen.

Siendo el ámbito temático del Derecho Ambiental, todas aquellas acciones orientadas a garantizar que el clima en el que se desarrolla la existencia humana reúna las circunstancias para salvaguardar el bienestar de los individuos y la viabilidad real de los entornos a medio y largo plazo. La regulación ecológica se ha relacionado con la protección de los bienes regulares, para garantizar su uso económico y no abusar de la calidad natural. También se asume la postura de la preservación de la biodiversidad, la seguridad de las especies débiles, la mejora de las administraciones ecológicas y la garantía de los espacios y escenarios normales. De hecho, incluso las perspectivas, por ejemplo, la conexión entre las redes locales y laborales y la ordenación ecológica no pueden considerarse sin tener en cuenta el seguro ecológico y la protección de los activos regulares como un todo insoluble (LANEGRA, 2008).

Esta búsqueda generalizada de un clima sano o adecuado donde residir ha sido consecuencia de una trayectoria de adhesión moderada tanto en la normativa pública como en diversos instrumentos globales. El Perú no ha sido ajeno a ello, siendo recogida esta postura en su Constitución Política de 1979 denotó el inicio de su reconocimiento convencional en nuestro conjunto normativo. La Ley General del Medio Ambiente recoge esta disposición establecida al percibir que " [...] toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida [...]", definición que añade un componente a la utilizada en la Constitución.

Otro aspecto de la regulación medioambiental está orientado a la mejora plena de la vida, que pone de manifiesto una visión biocéntrica del Derecho Ambiental, ubicando a la existencia en su conjunto de la vida como objeto de seguridad. Para ello, se diseñan normas de Calidad Ambiental, es decir, la norma que establece los grados de presencia de componentes contaminantes en el clima que signifiquen un riesgo o peligro a la fortaleza de los individuos o el adecuado funcionamiento de los sistemas biológicos.

Ahora bien, esa garantía sobre la inocuidad del medio ambiente realizada por el ente protector es dinámica, ya que un Estado no podría ofrecer una adecuada protección a los derechos esenciales a sus ciudadanos de manera abstracta si el contenido de cada derecho se encontrara ya definido e inmutable, en la jurisprudencia, para la solución de todos los casos por igual con idénticos resultados. Para delimitar jurídicamente el contenido de un derecho fundamental, se debe tomar como referencia, en primer lugar, lo dispuesto en los textos constitucionales (HUERTA, 2013), así como también, la producción jurisprudencial fruto de la interacción entre la norma y la realidad.

La complejidad de este derecho se confirma igualmente al investigar la jurisprudencia constitucional. Sin duda, no sólo se limita a plantear que es un derecho del individuo como persona, sino, además, establece que este ambiente debe ser equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Esto significa que, según un punto de vista establecido medio ambiente, equilibrado y adecuado debe ser visto como una parte fundamental para el pleno disfrute de otros privilegios igualmente cruciales percibidos por la Norma Suprema y los tratados internacionales en materia de derechos humanos (HUERTA, 2013). Así, en el

Tribunal Constitucional peruano ha surgido un desarrollo jurisprudencial que trata de desentrañar conceptos sobre medio ambiente, donde se sortean dificultades para reconocerlo en su real medida, acorde a la realidad y adecuándolo a los fines previstos en normativa constitucional y convencional.

2 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO MEDIOAMBIENTAL Y CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA

El desarrollo normativo de la protección ambiental en el Perú y Latinoamérica, se desarrolló vinculado al desarrollo ambiental a nivel global. Siendo la principal fuente del derecho ambiental, los instrumentos internacionales que emanaron de las conferencias convocadas por las Naciones Unidas, que a partir de la década del setenta.

Valdez (2013, p. 49 – 50) nos explica esa creciente influencia:

> El proceso de incorporación de la dimensión ambiental en las estructuras de los países de América Latina se inició a mediados de la década de 1970 con la incorporación de ciertas funciones ambientales en sectores vinculados a la gestión de recursos naturales como la agricultura, la pesca, la minería y en algunos casos a sectores sociales como el sector salud o de infraestructura como vivienda y saneamiento. Sin embargo, en muchos casos la planificación no tenía un engarce con quienes manejaban la economía, por lo tanto, esos planes de desarrollo que incorporaron la visión ambiental no pasaron de ser una expresión de deseos.

En cada país incorporará a su normativa interna aquel caudal de dispositivos, adaptándolos a sus particularidades, desarrollado su propio derecho, sin dejar de sintonizar con esa veta normativa.

La Constitución derogada de 1979 (artículo 123), regulaba que:

> Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental.

De dicha norma deducimos que todas las personas tienen la obligación de salvaguardar la naturaleza y particularmente, el Estado tiene el deber de prevenir y controlar la contaminación en la naturaleza. Esta disposición establecida no se encontraba en la sección de los derechos fundamentales sino en el capítulo correspondiente a los recursos naturales, ubicado a su vez en el Título sobre el régimen económico (HUERTA, 2013). En relación con su contenido, el mencionado artículo 123 percibía un derecho y a la vez establecía un compromiso de grado general para todas las personas.

Su utilización adecuada era regulada en los artículos 118 y 119:

> Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por este y de su otorgamiento de los particulares (art.118).
>
> El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo, fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico (art.119).

En relación con su contenido, el mencionado artículo 123 percibía un derecho y a la vez establecía un compromiso de grado general para todas las personas. Además, determinaba explícitamente el compromiso del Estado de prevenir y controlar la contaminación natural. Fue bajo su legitimidad que se abrazaron las principales normas legales tendientes al plan de ordenamiento ecológico. Para Huerta (2013) el texto constitucional de 1979 era más adecuado en cuanto al tratamiento de este objetivo.

La norma constitucional de 1993 obvia la obligación del Estado con relación a la preservación del medio ambiente o a la necesidad de evitar la contaminación ambiental. El artículo 66 señala que: "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento". Establece que por ley orgánica se fijan dichas condiciones para su utilización, por parte de particulares, ya que la concesión da un derecho real a su titular.

Los artículos siguientes precisan aspectos como, la política nacional del ambiente y la promoción del uso sostenible de los recursos naturales (art. 67); establece la obligación del Estado de promover la conservación de la diversidad natural, así como la creación de áreas naturales protegidas (art. 68); señalando que el Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada (art. 69). Normas que constituyen un parámetro constitucional a servir por toda la normativa resultante, fijando un camino de desarrollo acorde a esta aspiración.

El Tribunal Constitucional ha calificado esta normativa como "Constitución Ecológica", en su jurisprudencia (Expediente nº 00012-2019-131/TC), indicando que:

> (...) este órgano de control de la Constitución indicó que podría hablarse de una auténtica Constitución ecológica, que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el

> individuo, la sociedad y el medio ambiente (fundamento 33).

A partir de que un derecho se percibe como integrante de normas nacionales, está delimitado por normas constitucionales en su contenido y en su aplicación. Para Huerta (2013), si bien existe un reconocimiento del derecho al medio ambiente como un derecho fundamental:

> [...] todavía están pendientes estudios mayores que analicen su contenido y relación con otros derechos o bienes jurídico-constitucionales desde una perspectiva constitucional, que sirva de base y punto de partida para el estudio y análisis de las materias que son propias del derecho ambiental, dado que a través de esta disciplina se concretan las normas constitucionales en materia de protección y conservación del medio ambiente (p. 477 - 478).

De otro lado, es un hecho, cada vez más gravitante, la influencia de la normativa internacional sobre los diversos países del globo, produciéndose el proceso de captación de dichas normas, o su adecuación a su realidad concreta. Dicho proceso se denomina "constitucionalización del derecho" y es una realidad en las diversas ramas jurídicas. No siendo ajena a ellas el Derecho Ambiental,

Recién es que los textos constitucionales de diversos países han incluido cláusulas expresas reconociendo el derecho al medio ambiente. En Europa, este reconocimiento se da en las constituciones de Suiza de 1971, portuguesa (1976), griega de 1975, finlandesa (1980), holandesa (1983) y alemana (artículo 20. a).

En la Constitución española de 1978, su artículo 45 señala:

> 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

En Latinoamérica aparecen reconocimientos al medio ambiente en la Constitución de Chile (desde 1980). Asegurándose a todas las personas, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, estableciéndose el deber del Estado de velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. En la Constitución de Colombia de 1991, las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, garantizando la norma la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo, siendo deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica, además de, fomentar la educación para el logro de estos fines (art. 79).

En el caso de argentino, su norma constitucional de 1994, se establece el derecho al medio ambiente:

> Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos (artículo 41).

Los más recientes textos constitucionales de Bolivia (2008) y de Ecuador (2008). Son más detallados en cuanto a su descripción:

> Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente (Constitución boliviana, artículo 33). Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay [...]. (Constitución ecuatoriana, artículo 14).

3 TUTELA ESTATAL DEL MEDIOAMBIENTE

En el Perú se creó en el año 1974 la Oficina Nacional de Evaluación de Recursos Naturales, la cual funcionó como punto focal peruano ante el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Siendo prevaleciente la voluntad política de hacer permanecer con volúmenes altos de producción sin cumplir con las exigencias ambientales.

Frente al panorama ambiental descrito, se hizo necesario establecer un marco jurídico que permita el aprovechamiento de los recursos naturales sin afectar de manera dramática el medio ambiente (VALDEZ, 2013, p. 48 - 49).

En el Perú, hasta 1980, la legislación ambiental fue dispersa y sectorial. Con una casi inexistente

normativa que orientase las conductas humanas a formas más respetuosas de la naturaleza. En 1990 se promulga el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales (CMA), donde se dan las bases de la política ambiental sustentada en principios modernos incorporados del derecho internacional, así el Derecho ambiental peruano adquiere un desarrollo sistémico y sistematizado basado en el desarrollo sostenible. Es a partir del año 1990, con la dación del Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, que se crea el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), que perseguía orientar mejor la política nacional del ambiente (VALDEZ, 2013, p. 56 - 59).

En 1993 el Derecho al ambiente reconocido en la Constitución se va traduciendo en legislación que comprende aspectos relevantes para la conservación ambiental como gestión ambiental pública, recursos naturales, evaluación del impacto ambiental, reglamentación de las actividades extractivas, industriales y eléctricas.

En el 2005, con la Ley General del Ambiente, se da un marco institucional ambiental, estableciéndose las bases de la gestión ambiental. Allí se reconociéndose principios y derechos esenciales. Con la creación del Ministerio del Ambiente (MINAM), en el 2008, se establecen una serie de organismos públicos adscritos, que cumplirán funciones vitales para el sistema. Su creación se dio lugar a partir de un tránsito de competencias ambientales sectoriales, y la creación de un Consejo Nacional del Ambiente, fenómeno ocurrido en casi toda América Latina y el Caribe, que curiosamente, no evidencian una mejora sustancial en la gestión ambiental del país.

En el 2009, se inicia una Política Nacional del Ambiente, entre los organismos que en funciones tenemos a la Autoridad Nacional del Agua (ANA) y el Sistema Nacional de Recursos Hídricos. Con posterioridad entrarán en funciones las Gerencias de Medio Ambiente y Recursos Naturales regionales y locales, en coordinación con las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental (FEMA).

Huerta (2013), enfatiza que los Estados tienen una serie de obligaciones con relación a los derechos fundamentales, que son, asimismo, exigibles respecto al derecho al medio ambiente, encontrándose impedidos de realizar actos contrarios a este derecho, adoptando, asimismo, una serie de medidas que permitan que las personas lo gocen y ejerciten, para ello deben de prevenir, investigar, sancionar y reparar todo acto que afecte ese equilibrio ambiental.

Para ello deberán de emitir normas, así como desarrollar prácticas que efectivicen el derecho al medio ambiente, para ello pondrán en funcionamiento políticas públicas orientadas a dicho objetivo. Esta primera tarea consistiría en incorporar el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano, saludable o adecuado en las constituciones políticas (LANEGRA, 2008).

En el artículo 67 de la Constitución Política del Perú — Política Ambiental — se establece que el Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. En ella se brinda un marco legal de desarrollo de la actividad económica, considerando la preservación del medioambiente, indispensable para el desarrollo de la sociedad; se crean las entidades responsables de ejecutar la política ambiental y los mecanismos de supervisión y seguimiento de las políticas institucionales; Se diseñar un esquema de prevención de daño ambiental, así como, los mecanismos o instrumentos que permitan neutralizar cualquier acción que atente contra la preservación del medioambiente, previniendo la producción de un daño ambiental, recomponiéndolo, sancionando al causante del mismo, buscando el resarcimiento correspondiente al daño causado.

De allí reside la importancia del acceso a la justicia ambiental, cuya realización corresponde al Estado, a través del Poder Judicial, además de la justicia administrativa. administración pública (Guerra, 2016).

En el 2005 se produce un avance significativo en el Perú, con la promulgación de la Ley General del Ambiente. En su artículo I del Título Preliminar establece que el medio ambiente es un derecho y a la vez un deber, señalando:

> Artículo I.- Del derecho y deber fundamental Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

Es así que los estados han empleado todo tipo de sistemas para llevar adelante el encargo de garantizar el buen uso del medio ambiente. Valdez (2013, p. 48 - 49) enfatiza que:

> (...) no solo pueden ejercer el poder de policía, así como su potestad de inspección y sanción, sino que también pueden fomentar ciertas prácticas amigables con el medio ambiente, establecer estímulos que pueden ser de orden tributario u otros instrumentos de mercado.

4 ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

El concepto de justicia ambiental, como nos lo indica Guerra (2016) es más amplio que el derecho ambiental, ya que es producto de las políticas públicas como la política ambiental, que trasciende el campo del derecho y se proyecta a diferentes disciplinas sociales

y técnicas, así como a entidades estatales y particulares.

Respecto al acceso a la justicia, Mauro Cappelletti señala que: "[...] el acceso a la justicia en un Estado de derecho democrático implica que el acceso a la justicia es uno de los supuestos esenciales del Estado".

Para Guerra (2016) el acceso de justicia es un "mega derecho" o "mega garantia" para la realización de los derechos, tanto sustantivos como subjetivos. Recalcando la coincidencia que debe existir entre la justicia Ambiental, que comprende no solo a los procesos judiciales, sino también, a los procedimientos administrativos, pudiendo la defensa ser ejercida de manera individual o colectiva (GUERRA, 2016).

5 JUSTICIA AMBIENTAL EN SEDE CONSTITUCIONAL

En la defensa del medio ambiente, se pueden presentar conflictos de intereses de diversa índole, como pugnas entre inversiones y protección del ambiente, contaminación ambiental, etc. Dependiente el tipo de problema surgido se puede optar por alguna u otra vía. Dichos eventos se pueden resolver a través de procesos constitucionales, procesos civiles, procedimientos administrativos o procesos penales.

La vía constitucional implica escoger entre las diversas vías como:

El Proceso de amparo, que actúa "contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución", con excepciones señaladas en la norma. "No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular". (art. 200, Constitución Política del Peru).

El Proceso de acción popular, que se utiliza en el caso de que el asunto este vinculado a infracciones contra la jerarquía normativa.

El Proceso de cumplimiento, utilizado para ordenar al funcionario cumpla con la norma legal o ejecute el acto administrativo.

El Proceso de habeas data, para acceder a información relevante en materia ambiental

El Proceso de inconstitucionalidad contra infracciones contra su jerarquía normativa.

Estas vías procesales se desarrollan en la jurisdicción procesal constitucional. Dicha jurisdicción, es regulada en primer término por la Constitución Política del Perú en su aspecto sustantivo y en el aspecto procesal por el Nuevo Código Procesal Constitucional, además también se aplica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La praxis en sí de estos procesos es en el Perú relativamente compleja y tiene como punto de partida los juzgados especializados (civiles o penales de la jurisdicción común, según sea el caso), siguiendo una ruta que los lleva a una segunda instancia judicial, pudiendo luego vía Recurso de Agravio Constitucional (RAC) llegar finalmente a la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

Para García Toma (2010, p. 622), la jurisdicción constitucional es:

> [...] aquel instrumento institucionalizado que teniendo como presupuestos la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y la necesidad de someter el ejercicio del poder estatal a la racionalidad del derecho, se ocupa de garantizar el pleno respeto de los principios, valores y normas establecidas en el texto fundamental. Su existencia ratifica y preserva la fuerza normativa de la Constitución.

Dentro de la jurisdicción del Tribunal Constitucional se ejerce la actividad del control de la constitucionalidad. "Revirtiendo en la protección de los derechos fundamentales de la persona" (MURILLO, 1989). Operando como un conjunto de órganos de poder o extra poder, según sea el caso, encargada de defender la eficacia y efectividad del sistema constitucional (BLUME, 1986).

Siendo el Código Procesal Constitucional, la herramienta de garantía de defensa del medioambiente (GUERRA, 2016). Siendo el Tribunal Constitucional el llamado a garantizar la efectiva vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos. Entre las instituciones que han aportado más al entendimiento de la función de garantía estatal frente al medio ambiente, tenemos a los Tribunales constitucionales (o Corte Suprema, en lugares donde no exista un órgano autónomo con esa función). FAVOREU (1994) describe al Tribunal Constitucional como "una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos" (*apud* CARPIZO, 2009). Propio del Estado Constitucional de Derecho es la existencia de un órgano de control especializado, que tenga la legitimidad formal de ejercer un poder constitucional para llevar a cabo el control constitucional (PÉREZ ROYO, 2012).

El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, desempeña un rol de suma importancia en nuestro ordenamiento jurídico. Entre sus funciones, está la de velar porque las normas, los organismos del Estado y las personas en general no violen las disposiciones establecidas en la Constitución. En los procesos de constitucionalidad, sus sentencias son de cumplimiento obligatorio para todos los poderes del Estado.

El Tribunal Constitucional peruano es el órgano de control de la Constitución. Siendo el elemento gravitante de ese control, la Constitución de un Estado. Para Carnota (2001) la Constitución es el referente de

vida de todas las demás normas positivas. Como indica Pérez Royo (2012) su existencia

> [...] no es para hacer algo, sino para evitar que se haga lo que no se debe hacer; puesto que la función de la Justicia Constitucional no es para hacer el bien, sino para evitar que se haga el mal, entendiendo por tal la actuación de los demás poderes del Estado al margen de lo previsto en la Constitución.

Siendo deberes de dichos Magistrados:

> Cumplir y hacer cumplir el principio de primacía de la Constitución Política y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y resolver los asuntos de su competencia con sujeción a la garantía del debido proceso y dentro de los plazos legales; aplicando la norma constitucional correspondiente y los principios del derecho constitucional, aunque no hubieran sido invocados en el proceso (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional peruano).

Dichos órganos constitucionales cuentan con una conformación que les viene dada directamente por la propia Constitución, recibiendo de la Constitución todos los atributos esenciales de su condición y posición en el sistema constitucional (LANDA, 1980).

Es decir, tienen capacidad auto normativa, los órganos constitucionales tienen un radio de acción exterior conformado por sus competencias y capacidades, y un radio de acción interior que se basa en la autonomía normativa, en la capacidad auto normativa y en la autonomía funcional (NAWIASKY, 1980).

6 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Es de especial importância,

> [...] la jurisprudencia constitucional, pues conforme se vayan resolviendo controversias relacionadas con esta materia, será posible identificar las normas o prácticas que deban ser dejadas de lado (HUERTA, 2013, p. 490 - 492).

Canalizándose en sus sentencias todas las dudas e incertidumbres que van surgiendo de las fricciones de la normativa con la realidad palpitante. De esas ansias de justicia nace la necesidad de que,

> [...] los litigantes puedan plantear ante los tribunales casos particularmente relevantes que permitan alcanzar ese objetivo, especialmente tratándose del derecho al medio ambiente, cuya protección interesa a un colectivo indeterminado de personas (HUERTA, 2013, p. 490 - 492).

Respecto a la real efectividad de las controversias que han llegado a conocimiento del Tribunal Constitucional, Huerta (2013) señala que, "no presenta uniformidad en cuanto a los argumentos empleados" (p. 501 - 502). Presentado diferentes respuestas los órganos jurisdiccionales del Estado, incluido el Tribunal Constitucional. En la mayoría de casos se decreta la improcedencia de las demandas, argumentándose que el amparo carece de etapa probatoria (HUERTA, 2013, p. 501 - 502).

7 DERECHO AL AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO, ENTORNO AMBIENTAL IDÓNEO

Para el Tribunal Constitucional es un derecho fundamental el derecho de toda persona a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida", situación de gran relevancia para el ser humano y las demás especies de su entorno (inciso 22 del artículo 2 de Constitución Política de 1993), debiendo el Estado efectivizar su plena vigencia y prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión (Expediente 00012-2019-131/TC).

En la Sentencia 0048-2004- AI/TC, se establece que,

> (...) el medio ambiente es el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven, incluyendo (...) tanto el entorno globalmente considerado - espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna- como el entorno urbano [...]; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros.

8 MEDIO AMBIENTE

El fundamento 30, de la Sentencia 0048-2004-AI/TC, establece que el Tribunal Constitucional entiende el "amparo ambiental", como un proceso constitucional mediante el cual se pretende tutelar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

9 PROCESO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL

La STC Expediente N°00316-2011-PA/TC el TC, caracteriza al amparo ambiental y establece las reglas procesales aplicables, así como los principios aplicables (STC Expediente N°00316-2011-PA/TC el TC).

- El principio de desarrollo sostenible o sustentable, que consiste en prevenir un daño al medio ambiente que, en la actualidad, es potencial.
- El principio de conservación, a partir del cual se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales.
- El principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia.
- El principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación d los bienes ambientales deteriorados.
- El principio de mejora, en función del cual se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano.

● El principio precautorio, el cual implica la adopción de medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente.
● Principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables
● En síntesis, la problemática sobre conflictos ambientales debe ser analizada bajo una perspectiva que integre todos los criterios mencionados a efectos de optimizar los derechos fundamentales en conflicto en tanto que los conflictos ambientales generan una problemática singular, para lo cual se requiere de respuestas. Estas respuestas no solo deben ir acorde con la naturaleza del conflicto, sino con la realidad.

10 DERECHO FUNDAMENTAL DE GOZAR DE UN MEDIO AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO

La STC Expediente N°01272-2015-PA/TC, establece el derecho a gozar de ese medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve, así como las obligaciones de los poderes públicos (STC expediente N°03610-2008-AA/TC), y las obligaciones de los particulares (STC expediente N°03610-2008-AA/TC).

11 PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y SU COMPATIBILIDAD CON EL MODELO ECONÓMICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

En la STC Expediente N°03610-2008-AA/TC el Tribunal estableció que la protección del medio ambiente y su compatibilidad con el modelo económico de la Economía Social de Mercado existente en el Perú, a efectos de poder armonizar el desarrollo económico con las restricciones derivadas de la protección del medio ambiente. Aclarando que, el sistema productivo debe buscar un desarrollo sin poner en riesgo la capacidad de las futuras generaciones para atender sus propias necesidades.

12 LEGITIMIDAD

En el fundamento 11 de la sentencia en el expediente 05270-2005-PA/ TC, del 18 de octubre del 2006, se señala lo siguiente:

> Que como se aprecia el C. P. Const. acoge un tipo de legitimidad colectiva o especial en cuanto permite que cualquier persona pueda accionar judicialmente con el fin de tutelar el ambiente. Ello implica que la persona que gestiona e interpone la demanda puede formar parte de la comunidad que se ve afectada de manera inmediata o ser un sujeto ajeno a tal comunidad. Adicionalmente incluye una legitimidad institucional que faculta a las asociaciones sin fines de lucro que desarrollen actividad relativa a la temática para que puedan actuar en defensa de la comunidad. Desde luego esta última puede integrarse con el artículo 82° del CPC, de tal forma que se incluya al Ministerio Público y a los Gobiernos Locales o Regionales cuando la amenaza o el daño al ambiente se produzca dentro de los ámbitos de su competencia. En suma, estas disposiciones amplían el ámbito de protección de tal derecho al extender o ampliar la legitimidad de las personas facultadas para iniciar procesos judiciales en su defensa.

13 PRETENSIONES COLECTIVAS O DIFUSAS

En la STC expediente n°04216-2008-PA/TC el Tribunal Constitucional, en el marco de dicho análisis, evidenció que

> [...] normalmente las demandas de amparo ambiental son concebidas como pretensiones colectivas o difusas, puesto que la satisfacción del derecho de uno de los integrantes de tal comunidad implica la satisfacción del resto de sujetos de dicha colectividad.

Resaltando

> [...] esidad de adaptar la perspectiva clásica del derecho procesal -centrada en la resolución de intereses individuales- a contextos en donde la titularidad de un derecho corresponde a un conjunto indeterminado o colectivo de personas.

14 LOGRAR EL DESARROLLO SIN PONER EN RIESGO LA CAPACIDAD DE LAS FUTURAS GENERACIONES

Dicha aspiración está contenida en la STC del expediente n° 610-2008-AA/TC, que subraya la protección del medio ambiente, frente al reto que implica la complejidad de la Economía Social de Mercado dentro del modelo económico, a efectos de poder armonizar el desarrollo de las fuerzas económicas peruanas, con las regulaciones derivadas de la protección del medio ambiente, estipulando que "el sistema productivo debe buscar un desarrollo sin poner en riesgo la capacidad de las futuras generaciones para atender sus propias necesidades".

15 DERECHO DE ACCEDER AL AGUA

En aplicación del artículo 3 de la Constitución política, el TC reconoció el derecho de acceso al agua potable, derivándolo de principios como los de dignidad humana y acorde con el Estado social y democrático de derecho (Sentencia 06534-2006- AA, FJ 17). Posteriormente, la Ley 30588, modificó la Constitución introduciendo el artículo 7-A que positiviza este derecho en los siguientes términos:

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona de acceder al agua potable. Garantiza este derecho priorizando el consumo humano sobre otros usos. El Estado promueve el manejo

sostenible del agua, el cual se reconoce como un recurso natural esencial y como tal, constituye un bien público y patrimonio de la Nación. Su dominio es inalienable e imprescriptible.

16 EL DESARROLLO SOSTENIBLE O SUSTENTABLE

Es en Estocolmo donde surge la concepción de "desarrollo sustentable" (1972) (pincipio 2) describiendo como un "proceso por el cual se preservan los recursos naturales en beneficio de las generaciones presentes y futuras". Posteriormente, se amplió este concepto "preservación de los recursos naturales", a la idea de "conservación y protección del medio ambiente y dentro de este los recursos naturales de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras".

La STC del expediente n° 00012-2019-131/TC (71) Estableció que:

> Desde esta perspectiva, los procesos de inversión no pueden ser entendidos ni manejados solamente con un criterio estrictamente monetario, sino verificando las realidades sociales, culturales y ecológicas. En ese sentido, ha sostenido el Tribunal que "el desarrollo sostenible o sustentable requiere de la responsabilidad social: ello implica la generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo de actividades que, en función del aprovechamiento o uso de los bienes ambientales, procuren el bien común y el bienestar general" (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 22).

17 PROYECTOS EXTRACTIVOS Y POLÍTICA PÚBLICA

La Sentencias 008-2011-PI/TC - Sentencia 0001-2012-PI/TC – expediente n° 00012-2019-131/TC (72), estableció que:

> (...) implica que los proyectos extractivos, tanto públicos como privados, deben respetar los derechos a la vida, de acceso al agua potable, a la alimentación, a vivir en un ambiente saludable, a la autodeterminación, el derecho a la consulta previa, a la vivienda (frente a desalojos mineros), entre otros.

CONCLUSIÓN

• El acceso a la justicia en un Estado de derecho democrático implica uno de los supuestos esenciales del Estado; siendo el debido proceso uno de los supuestos fundamentales del Estado de derecho.
• Se debe de mejorar las relaciones entre el Estado, la empresa minera y las poblaciones aledañas, para ello se requiere de la creación de mecanismos de protección idóneos frente a daños y abusos que las empresas puedan causar.
• Son objetivos del Derecho Ambiental el desalentar el deterioro ambiental y compensar a las víctimas de los daños ambientales.
• La adecuada normativa de las instituciones regulatorias que son las llamadas a controlar los riesgos ambientales, a partir de mecanismos judiciales, administrativos y civiles es de gran relevancia para alcanzar el logro de dichos objetivos.
• Las tensiones entre la Justicia Ambiental y la eficiencia seguirán, y probablemente se agravarán ante las crecientes presiones que la especie humana está ejerciendo sobre el planeta.
• En los últimos años se ha realizado grandes esfuerzos a nivel global, a fin de avanzar en las tareas del Derecho Ambiental.
• La legislación ambiental en América Latina y en el Perú se desarrolló a la par de la evolución que se dio a nivel mundial. Siendo la principal fuente del derecho ambiental, los instrumentos internacionales que emanaron de las conferencias convocadas por las Naciones Unidas.

REFERÊNCIAS

BLUME FORTINI, Ernesto. El control de la constitucionalidad: con especial referencia a Colombia y al Perú. Lima: Ersa, 1986.

CAPPELLETTI, Mauro. El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CARNOTA, Walter F. La interpretación constitucional. *En:* Curso de derecho constitucional. Tucumán: La Ley, 2001.

CARPIZO, Jorge. El tribunal Constitucional y sus límites. Lima-Perú: Grijley, 2009.

FAVOREU, Louis. Los Tribunales Constitucionales. Barcelona, Ariel. *In:* Carpizo, Jorge. (2009). El tribunal Constitucional y sus límites. Lima-Perú: Grijley, 1994.

GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría General del Estado. Lima-Perú. Adrus Editores, 2010.

GIORFFINO REMY, M. (2016). Acceso a la justicia ambiental: necesaria modificación constitucional para la defensa de intereses colectivos. En Foy Valencia, Pierre (coord.). Derecho ambiental y Empresa. Lima-Perú: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2016.

GUERRA CERRÓN, Maria Elena. Acceso efectivo a la justicia ambiental: a propósito del artículo 82 del Código Procesal Civil. En Foy Valencia, Pierre (coord). Derecho ambiental y Empresa. Lima-Perú: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2016.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. Constitucionalización del Derecho Ambiental. En Derecho PUCP Revista de la facultad de Derecho. n. 71. 2013

LANDA ARROYO, César. Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Lima-Perú: Palestra, 2011.

LANEGRA QUISPE, Iván Kriss. El Derecho Ambiental: conceptos y tareas. En Themis 56 Revista de Derecho. PUCP, 2008.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Maria Lucas. El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía popular. *En*: Ius et Praxis, n. 14. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1989.

NAWIASKY, Hans. Teoría General del Derecho. Editora Nacional, 1980.

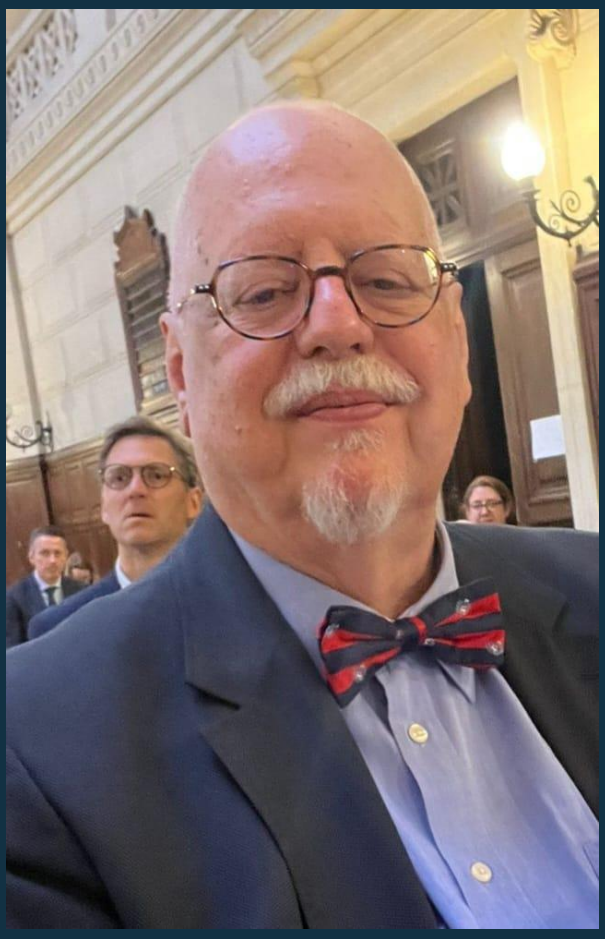
Pérez Royo, Javier. Curso de derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL. Manual de capacitación: manual explicativo de tus derechos y deberes ambientales. Edición: Lerma Gómez EIRL. Lima-Perú, 2009.

VALDEZ MUÑOZ, W. Marco institucional para la gestión ambiental en el Perú. Derecho PUCP, núm. 70, diciembre-junio, 2013, pp. 45-62 Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 2013.

PROLEGOMENOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL: CRISES E PERSPECTIVAS

PROLEGOMENONS OF THE CONSTITUTIONAL PROCESS: CRISES AND PERSPECTIVES



Sérgio Augusto Pereira De Borja[1]

Este trabalho analisa as bases do Processo Constitucional partindo do parâmetro da Supremacia da Norma Constitucional do ponto de vista histórico, jurisprudencial e doutrinário referenciando a evolução dos vários métodos utilizados v.g. o difuso ou concentrado analisando o método americano e o método austríaco alvitrado por Kelsen. Refere a polêmica entre o alvitre político de Kelsen e o jurídico de Carl Schmitt e suas análises críticas. Faz comparação dos vários sistemas nacionais e a voo de pássaro

[1] Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito da UNISINOS Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1975) e especialização em Direito do Trabalho pela mesma Faculdade; especialização em Processo Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Castila la Mancha, Toledo, Espanha, 2012, Ex- professor Titular de Direito Constitucional, Ciência Política, Administrativo e Relações Internacionais na PUCRS, aposentado; ex Professor Estatutário da Faculdade de Direito da UFRGS, aprovado em concurso público de provas, títulos e documentos em 1993, em Instituições de Direito, Teoria Geral do Direito, Direito Agrário e Legislação de Seguros; atualmente aposentado; Escreveu livros sobre Direito Constitucional, o Impeachment; Direito Constitucional e Internacional Público, a Teoria Geral dos Tratados e Treaty Make Power; Professor concursado da Faculdade de Direito da UNISINOS, licenciado e aposentado; Conferencista no âmbito do Mercosul, União Européia, Estados Unidos e Brasil; Membro da Academia Rio-Grandense de Letras ocupando a cadeira nº22; detentor da Comenda Osvaldo Vergara outorgada pela Sub-Seção do Rio Grande do Sul; detentor da Medalha Amigo da Marinha outorgada pela Marinha de Guerra; Diploma de Integrador Emérito outorgado pela Assembleia Legislativa; Poeta e ensaísta com vários livros publicados além de articulista em Direito Constitucional, Ciência Política em várias revistas jurídicas e jornais nacionais e do Rio Grande do Sul; Membro honorário do Instituto Paranaense de Processo Constitucional.

analise o sistema brasileiro apresentando críticas com relação a forte influência partidária que adultera o princípio democrático, o princípio republicano e o estado democrático de direito.

This paper analyzes the bases of the Constitutional Process based on the parameter of the Supremacy of the Constitutional Norm from the historical, jurisprudential and doctrinal point of view referencing the evolution of the various methods used v.g. the diffuse or concentrated analyzing the American method and the Austrian method alvitrado by Kelsen. It refers to the controversy between Kelsen's political alvitre and Carl Schmitt's legal and his critical analyses. It compares the various national systems and bird flight analyzes the Brazilian system presenting criticism stemming from the strong party influence that adulterates the democratic principle, the republican principle and the democratic rule of law.

1 PROLEGOMENOS

Ontologicamente o processo constitucional tem o cerne de sua justificativa e disciplina derivado do Princípio da Supremacia da Norma Constitucional. A Constituição, por sua parte, pode compreender a parte Orgânica que organiza o Poder e suas Funções, no Tempo e no Espaço; a parte Dogmática que contém a enumeração dos Direitos e Garantias Individuais, que conforme John Locke, no seu Segundo Tratado Sobre o Governo, são aqueles direitos que antecedem o precedem o Estado, regrado por uma Constituição, que são aqueles direitos cognominados como inalienáveis[1]; a parte dos Direitos Políticos e a parte relativa aos Direitos Sociais, dependendo do modelo constitucional. Os modelos constitucionais podem ser o Político Liberal, dito tese ou dual, composto de uma parte Dogmática, que coloca sua ênfase na Liberdade e na Individualidade privada e uma parte Orgânica(Ex; Constituição EUA); sua antinomia ou antítese também dual, o modelo Socialista ou também chamado Comunista, contendo duas partes, a Orgânica e a Dogmática, diferentemente do Político Liberal este coloca sua ênfase na Igualdade Socialista ou Comunista colocando sua denotação na Coletividade(Ex: URSS); o tertium genus que seria a síntese entre a tese Político Liberal e sua antítese Socialista ou Comunista seria o modelo Social próprio do Constitucionalismo Social que possui três partes, uma Dogmática que organiza o Estado; uma parte Orgânica que cria uma mesotes ou meio termo distribuindo com equilíbrio e harmonia Liberdade e Igualdade criando assim, com base no conceito de Fim Social uma terceira parte na constituição que se chamaria Social Democrata que contém o compromisso dos direitos sociais trabalhistas, previdenciários, educacionais, moradia, agrários e saúde e toda a gama de direitos sociais com suas garantias tendo portanto, três partes que tornam isonômicos tornando-os possíveis e factíveis na realidade e, não só na ficção imaginária, o símbolo semiótico da revolução francesa composto de Liberdade, que é um estar do Eu; de Igualdade que é uma relação entre o Eu e o outro Eu[2] equalizados e assim factíveis, pois Egoísmo e Altruísmo são situações oponentes, pela e através da Fraternidade que é a equipolência ou isonomia fraterna entre o Egoísmo Racional, como diz Ayn Rand[3] e o Altruísmo Racional, comunista de Babeuf, Marx e Lênin, harmonizados e equilibrados pela Fraternidade da Mesotes Aristotélica na sínteses das Constituições Mexicana de 1917, na Constituição de Weimar de 1918 ou nas Constituições Europeias que se vinculam a Constituição à União Europeia . O Brasil, com a revolução getulista de 1930, na constituição de 1934 adentrou o Constitucionalismo Social e daí em diante perseverou neste modelo num chamado Bloco Constitucional Social[4] de mais de noventa e dois anos através da reiteração das constituições subsequentes, a de 1937, a de 1946, a de 1967, 1969 e a constituição Cidadã de 1988. Deflui do conceito de Constituição através de seu cotejo com as normas da legislatura comum a sua Supremacia inconteste e isto se dá de forma histórica pela distinção entre as lois du royaume e lois du roi, leis do reino e leis do rei em que aquelas eram superiores a esta; tanto o Compact Act como a subsequente Constituição de 1787 dos EUA cujas normas eram superiores sempre a legislação ordinária; também o arresto proferido pelo Chief of Justice, Marshal nos EUA, que através de um dilema irrefutável infere duas categorias e axiomas que são a supra legalidade das regras constitucionais e na imutabilidade de seus preceitos sobre a legislação ordinária; também do Conceito aurido por Emmanuel Siéyès, em sua obra O que é o Terceiro Estado onde identifica o Poder Constituinte Originário, mentor da Constituição através de uma Assembleia Constituinte, Agente do Povo Soberano titular originário da Soberania Popular e daí a inferência maior da supremacia da Lei Magna, fruto do Poder Constituinte sobre as demais leis que são fruto do Poder Constituído menor que o poder que faz a Constituição [5][6]; outro argumento que se coloca em favor da supremacia das normas constitucionais sobre as demais é o de Hans Kelsen em sua obra Teoria Pura do Direito que assim se expressa ¨todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem...uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm) ...sendo esta que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa[7].” José Alfredo de Oliveira Baracho em sua

[1] LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo – Coleção os Pensadores, Editora Nova Cultural, São Paulo, 1991, 268 - 269

[2] Bobbio, Norberto. Igualdade e Liberdade. Ediouro: Rio de Janeiro, 1995. p. 7.

[3] RAND, Ayn. A Virtude do Egoísno. A Verdadeira Ética do Homem: O Egoismo Racional. Ortiz, Porto Alegre. p. 75.

[4] BORJA, Sérgio. O Projeto Democrático. Democracia Social e Maniqueismo. Ricardo Lenz Editor, Porto Alegre, 2001 . p. 22 -31.

[5] PINTO, Ferreira. Princípios de Direito Constitucional Moderno. Saraiva, 1983. São Paulo. p. 90 – 94.

[6] SIÉYÉS, Emmanuel Joseph. Quest ce que le Tiers État?. Editora Lumem Juris, 1997, Rio de Janeiro. p. 94.

[7] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Editora Martins Fontes, 1997, São Paulo, p. 217.

célebre obra Processo Constitucional atesta que "a origem do Processo Constitucional moderno pode ser determinada no Direito Comparado com o surgimento da declaração de inconstitucionalidade, com perfis jurídicos definidos e bem caracterizados nos Estados modernos, com o surgimento das Constituições afirmando que Héctor Fiz-Zamudio traçou retrospectivo da evolução da Justiça Constitucional, com exaustivo exame do controle de constitucionalidade dos atos de autoridade, com quadro geral das instituições protetoras das normas constitucionais, através de primoroso levantamento das mesmas em todos os Estados em que surgiram;" afirma ainda este autor que "as reflexões em torno do Processo Constitucional, Justiça Constitucional e da Inconstitucionalidade da Lei não fizeram com que autores, como Enrique Vescovi, deixassem de apontar a existência de outros processos que pretendem proteger diretamente as normas constitucionais incluindo entre elas o remédio constitucional cognominado amparo mexicano recepcionado em vários estados latinos; o processo contencioso administrativo assim como também o mandado de segurança brasileiro, contemplando também os remédios constitucionais tais como habeas corpus; a ação popular; o mandado de injunção; o habeas data além de incluir a teoria da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos que daí dimana; Baracho cita o grande processualista Mauro Capelletti como principal criador de uma sistemática de Processo Constitucional realçando a defesa jurídica da Liberdade e daí a expressão que empresta a esta como jurisdição da defesa e preservação da Liberdade valor maior constitucional. O grande constitucionalista José Afonso da Silva salientando a importância da Justiça Constitucional traz a colação as conclusões finais do II Colóquio de Direito Constitucional, em Sochagota, Colômbia, em novembro de 1977, demonstrando, na enumeração que segue a importância inconteste desta temática, pois assim :

a) A Justiça Constitucional configura um dos supostos fundamentais do Estado Moderno, para servir de contrapeso efetivo entre um Poder Executivo, cada vez mais hegemônico, e um Poder Legislativo, eu está cada vez mais ambíguo em sua estrutura e funcionamento;

b) A Jurisdição constitucional é um suposto fundamental para a preservação dos Direitos Humanos;

c) Pela natureza específica de sua função e pelos mecanismos de atuação de que dispõe, a Justiça Constitucional é o instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que constitui no melhor instrumento de controle e da tutela para funcionamento democrático dos demais poderes do Estado;

d) Para que a Justiça Constitucional possa cumprir com seus objetivos, torna-se necessária a existência prévia de condições políticas que assegurem sua independência, pressuposto essencial para que ela seja capaz de garantir os princípios fundamentais que inspiram os ordenamentos constitucionais democráticos;

e) A criação de Cortes ou Tribunais Constitucionais específicos, cuja competência, devido à complexidade da vida prática no Estado Moderno, deverá ampliar-se a todos os aspectos que possam determinar ofensas ou violações à ordem constitucional;

f) A ampliação das competências da Justiça Constitucional não assim como o resultado político deste conhecimento não irá despojá-lo de seu caráter jurídico.[8]

Ora, se a Constituição e as normas constitucionais tem a supremacia sobre as demais logo se apresenta o problema do controle das normas sob o ângulo ou prisma de sua constitucionalidade ou não, seja de sua compatibilidade formal e material com a Constituição como tal. Assim é que ao longo da história do Direito Constitucional foram surgindo os sistemas de controle sendo que logo se apresentou um problema fundamental que seria o relativo à natureza deste órgão, se político ou jurídico. Assim, alguns teóricos do direito, consideram a relevância política das normas constitucionais em vista de se tratar o Direito Político por excelência e sua derivação legislativa original em contraste com as leis ordinárias a serem controladas subsequentemente, também oriundas do Poder Constituído, com características eminentemente políticas. Deduzindo-se que se atribuídas à um órgão jurídico este se sobreporia à função Legislativa desiquilibrando assim a partição das funções do Poder. Por outro lado, um grande número de jusfilósofos e juristas considera que dada a natureza de Lei da Constituição e da legislação ordinária nada melhor do que um controle legal ou eminentemente jurídico por parte do órgão que assim estabelece a coerência hierárquica entre as normas constitucionais, hierarquicamente superiores e as normas supervenientes e inferiores[9]. O exemplo dado por Rosah Russomano de controle por órgão político é o da alternativa que seguiu as ideias defendidas por Hans Kelsen, em 1920, na Áustria [10]. Giorgio Lombardi em sua célebre obra sobre a polemica entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a justiça constitucional adentra com razões altamente esclarecedoras as alternativas de controle político adotado na Constituição Austríaca e o

[8] SILVA, José Afonso da. Da Jurisdição Constitucional do Brasil e na América Latina". Revista da Procuradoria Geral do Estado, n. 13/15, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1980, p. 106 - 107.

[9] ROSAH, Russomano. Controle da Constitucionalidade das Leis. Curso de Direito Constitucional. Editora Freitas Bastos, 1997, p. 41 – 47.

[10] RUSSOMANO, opus citae, p. 42.

controle Jurídico alvitrado pelos americanos através de sua Suprema Corte [11]. Em estudo preliminar ao debate entre Kelsen e Schmitt Giorgio Lombardi argumenta sobre este enfoque, a alternativa, ou um órgão controlador judicial ou um órgão controlador eminentemente político:

"Mas em realidade, a proposta surgida na práxis jurídica e judicial dos Estados Unidos , marca a distância nas relações entre o poder legislativo e o poder judicial e, poderíamos acrescentar também, entre os poderes do Estado e o poder Judicial, com respeito a consideração teórica e prática sobre a forma de salvaguardar a constitucionalidade das leis. De fato, nos Estados Unidos não era motivo de surpresa nem de escândalo que um juiz bloqueasse, ou melhor dizendo, desautorizasse, um ato do poder político e, especialmente, do poder legislativo, senão que resultava completamente normal que, ante uma Constituição rígida – e a dos Estados Unidos o era – se tivesse por admissível que formavam parte do ordenamento jurídico normas suscetíveis de violar preceitos da Constituição. A lógica que atua por trás destas razões resulta bastante ilustrativa para os afeitos que aqui se perseguem. Assim a resposta a pergunta sobre como e por que surge na América um controle de constitucionalidade ligado a ação dos juízes, se encontra nas mesmas causas porque a eles não sucede o que acontece nos ordenamentos europeus. O ponto de partida em ambos é comum, o poder judicial se considera ideológica e praticamente mais débil que o poder legislativo e normativo: a divisão de poderes atua contrária ao poder judicial e não a seu favor. O resultado é que a garantia constitucional se vê ameaçada tanto na América como na Europa, mas enquanto na América o poder judicial é capaz de reagir encontrando um fundamento de sua posição que vá mais além da missão que lhe concede a Constituição, na Europa subsumida entre a dependência burocrática do monarca e a material do órgão que produz o direito aplicável, a judicatura fica finalmente constrangida à função estrita que marca a lei nascida do parlamento. Desde logo, não é arbitrário pensar que o ordenamento constitucional nos Estados Unidos deriva em seu conjunto de algo mais profundo que a vontade do legislador, na origem poder constituinte que, produzindo o direito positivo, oferece através da medida a justiça como pura legalidade. Nos Estados Unidos, um dos fundamentos da atividade judicial é a tutela dos direitos, podendo-se falar de tutela dos direitos não só por que são criados pelo direito positivo, como frutos do direito positivo, mas em realidade senão como que resultam de eles mesmos, estes direitos, anteriores ao Estado, em relação ao qual representam condição eficiente de sua existência e símbolos de sua garantia. Assim é que a divisão de poderes nos EUA parte de algo mais profundo, é dizer, surge de uma estrutura de direito fundada sobre normas anteriores ao Estado. Funde e esteia suas raízes no direito natural, assim é que o juiz americano se converte em juiz dos direitos e não um juiz da legalidade como os europeus. Incumbe ao juiz, em primeiro lugar, restabelecer a observância dos direitos e valores que estão sobre e antes da Constituição e, por tanto, aí ao poder judicial cabe, como tal, considerar inoperantes todas as normas que violem estes direitos. Precisamente por isto a divisão de poderes potencia a posição do juiz americano, exatamente ao contrário do que ocorre em toda a história constitucional da Europa continental, em que prevalece o positivismo jurídico frente ao princípio do *ius naturale*. [12]

No que respeita a jurisdição constitucional Hans Kelsen manifesta-se desta forma a este respeito dizendo que "ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência." "Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado." "A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria. Somente uma lei constitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da minoria[13], a esfera de seus direitos constitucionais garantidos. Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem, pois, um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência

[11] LOMBARDI, Giorgio; SCHMITT, Carl; KELSEN, Hans. A Polémica Schimitt/Kelsen. Editora Clássicos do Pensamento, Editorial Technos, Madri, 2009. p. XXXIII - XXXV.

[12] LOMBARDI, opus citae, p. 34 – 35.

[13] KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional, Martins Fontes, 2003, São Paulo, p. 181.

da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria [14]. " "Mas é certamente no Estado federativo que a jurisdição constitucional adquire a mais considerável importância. Não é excessivo afirmar que a ideia política do Estado federativo só é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional. A essência do Estado federativo consiste – se não enxergarmos nele um problema de metafísica do Estado, mas isto sim, numa concepção inteiramente realista, um tipo de organização técnica do Estado – numa divisão das funções, tanto legislativas como executivas, entre órgãos centrais competentes para todo o Estado ou seu território (Federação, Reich, União) a uma pluralidade de órgãos locais, cuja competência se limita a uma subdivisão do Estado, a uma parte de seu território (estados federados, províncias, cantões, etc), com representantes desses elementos estatais, designados de maneira imediata (Pelos parlamentos ou pelos governos estaduais) ou imediata (pela população da circunscrição), participando da atividade legislativa central, e eventualmente também da atividade executiva central. Em outras palavras, o Estado federativo é um caso especial de descentralização. A disciplina dessa descentralização é o conteúdo essencial da Constituição geral do estado, que determina principalmente que matérias serão regidas por leis centrais e que matérias que serão de competência exclusiva da União e as que serão de competência exclusiva dos estados federados. A repartição de competências é o cerne político da ideia federalista[15]. Quando do debate no Instituto Internacional de Direito Público onde participaram eminências internacionais como Duguit, Jéze, Berthélemy, Gascón y Marin e Fleiner, Hans Kelsen a pedido de Jéze, expõe os resultados da criação na Áustria, pela Constituição federal de 1920, da Suprema Corte Constitucional e as conclusões que se pode tirar dessa experiência, atualmente única. Até aqui, o funcionamento dessa Corte, que pode anular tanto as leis federais como as leis estaduais, não suscitou críticas sérias. Sem dúvida, a intervenção política no exercício do julgamento é um perigo inegável do sistema, que é necessário enfrentar. Mas acaso o exercício do controle pelos tribunais ordinários preserva desse perigo? Acaso os juízes não têm uma orientação e preconceitos políticos? O exemplo da Suprema Corte americana não prova isso? O problema essencial é, portanto, o da composição da jurisdição constitucional. Na Áustria, os juízes da Suprema Corte são eleitos pelo Parlamento; mas somente seis deles, dos vinte, podem ser escolhidos entre os membros das Assembleias legislativas; os catorzes outros são geralmente juristas de carreira, escolhidos notadamente entre os professores de Direito Público. São, portanto, esses membros não parlamentares que constituem a maioria e impõem as decisões, ao passo que os membros parlamentares dos partidos opostos se equilibram. Portanto a Constituição austríaca deu espaço à política; concedeu-lhe um lugar oficial na composição da Corte, o que tem a vantagem de permitir que seus membros não parlamentares não levem em contra os interesses políticos em jogo, já que os membros parlamentares naturalmente os levam em consideração. Até agora, esse sistema deu resultados bastante satisfatórios. No entanto, desde já, os partidos políticos começam a se esforçar para instalar, nas vagas de que os parlamentares são excluídos, partidários oficiais ou oficiosos seus. É um grave perigo". [16] (grifei!)

Por outro lado, criticando o sistema judiciário ou jurídico do modelo da corte americana Édouard Lambert escreveu uma legítima catilinária contra este sistema sob o nome de O Governo dos Juízes caracterizando o sistema americano com seus dons de fazer cessar a evolução social e a reinvindicação dos trabalhadores e operários sendo assim uma forma reacionária de conservação e possibilitação do aglutinamento do capital ou da liberdade em detrimento do princípio igualitário em voga na Europa, notadamente na França e na Alemanha. [17]

Resumindo a matéria podemos constatar que o controle ou a jurisdição constitucional pode se dar de forma preventiva, antecipando a criação da lei, ou de forma repressiva quando a lei ou o ato a serem controlados já se aperfeiçoaram pela promulgação ou sanção; o controle também pode se dar de forma direta, difusa ou mista, conforme seja feito por uma corte superiora através de ações específicas de inconstitucionalidade, declaratórias de constitucionalidade, de omissão constitucional, etc ou ainda por exceção e de forma difusa podendo ser alegado perante qualquer juiz como soe ser nos EUA ou no Brasil. Rosah Russomano coloca que a competência para declarar uma lei inconstitucional não se restringe à órbita dos tribunais ou à do pretório mais hierarquizado – Corte Suprema nos Estados Unidos,

[14] KELSEN, opus Citae, p. 182.
[15] KELSEN, opus citae, p. 183
[16] KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional, Martins Fontes, 2003, São Paulo, p. 192 – 193.
[17] LAMBERT, Édouard. Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. Dalloz, 2005, p. 224 - 225 .

Supremo Tribunal Federal no Brasil. Qualquer juiz singular, pois, mesmo no início de carreira, verificando ao decidir determinado litígio, que a lei contraria o que a Constituição dispõe pode assim declarar sua inconstitucionalidade deixando de aplicar a lei em epígrafe. Rosah relata que Chile, Venezuela e Japão reservam aos Tribunais Superiores a competência para solver melindres de inconstitucionalidade. [18]

Sem adentrar a afetação da formação e do funcionamento dos partidos diretamente sobre a funcionalidade do Poder e o Controle da Constitucionalidade o meu querido professor de Ciência Política no meu longínquo curso da Faculdade de Direito da UNISINOS, depois meu preclaro colega já na Faculdade de Direito da UFRGS, o saudado Dr. Cezar Saldanha Souza Júnior, resume de forma magistral uma profunda crítica sobre os sistemas em geral e notadamente sobre o modelo brasileiro. É sua a palavra nas conclusões de sua obra O Tribunal Constitucional como Poder ou Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes onde, *verbum ad verbum* se explicita dizendo:

"Até o constitucionalismo do segundo pós-guerra, os países de tradição romano-germânica não haviam conseguido construir um sistema de controle da constitucionalidade para garantir, efetivamente, a supremacia da Constituição. A grande polêmica Kelsen Schmitt do final dos anos de 1920 desvendou a razão: insuficiência institucional. A defesa da Constituição, nessa tradição, requer uma instância independente e superior à legislação – e, com maior razão – à da governação e à da administração (as quais dependem do Parlamento para a fixação do endereço político de suas ações), bem como à instância da própria jurisdição ordinária (que se expressa, basicamente, pela aplicação da legislação formal). Os europeus recusaram-se a atribuir a defesa jurisdicional da Constituição ao chefe de Estado, ao parlamento, ao governo, à administração, por razões já aqui expostas. Providenciaram um poder independente de todos: O Tribunal Constitucional. "

"Diferentemente, nos Estados Unidos da América, a adoção da tripartição dos poderes não foi obstáculo ao surgimento de uma jurisdição constitucional, assumida pelo poder judiciário, por meio de uma inteligente construção jurisprudencial. Duas ordens de fatores operaram aí."

"A primeira e principal, o casamento perfeito da tradição de commow law com a Constituição escrita. No commow law, a legislação normal é fonte secundária, e não primária, do direito. Direito é, antes de tudo, produto do costume e do precedente judicial. O direito legislado formal (o statute law), mesmo quando crescente, funciona como um instrumento para ajudar o Judiciário a resolver conflitos; ele é "sociodigerido" pelo commow law, costumeiro e judicial. O Judiciário, não é um órgão (burocrático) do Estado, mas um braço (em muitos lugares ainda eletivo) da sociedade. É o poder mais importante em matéria de direito. Cria direito, com força vinculante do precedente, erga omnes. E a Constituição – aí o segredo – funde-se ao núcleo desse sistema sociodigestor, o commow law, e, incrustrada nele, torna-se critério a ser legitimamente usado pelo Judiciário no julgamento das aplicações concretas do direito legislado. Portanto, o Judiciário assume, naturalmente, o controle da constitucionalidade, na medida em que a Constituição se une ao coração principiológico do *commow law,* como mais um instrumento – e entre todos o mais forte – para o processamento do statute law."

"A segunda ordem de fatores, complementando, a primeira, liga-se a duas características específicas da sociedade norte-americana: autogoverno e consenso. Nos Estados Unidos a sociedade se autogoverna, tanto no espaço territorial (a força do governo local é enorme, sobrando, em matéria de governo, pouco para o nível federal), quanto no espaço setorial (os serviços públicos são regulados pelo próprio setor privado que os presta, restando pouco à esfera política). Tais características, bem americanas, reduzindo a densidade ideológica da política e minorando os perigos da politização do Judiciário, reforçaram a viabilidade desse modelo de jurisdição constitucional."

"O modelo americano de controle de constitucionalidade, adotado no Brasil em 1890-1891 nunca operou adequadamente. O direito brasileiro entronca-se na tradição romano-germânica. E commow law não se improvisa, nem se copia."

"A funcionalidade do modelo vem se deteriorando à medida que cresce a abertura da Constituição a valores, a partir já de 1946. Sem o menor esforço de compatibilização, o direito constitucional brasileiro, em 1965, simplesmente agregou uma forma cabocla de controle direto e abstrato de constitucionalidade de normas. A Constituição de 1988, sem outras melhorias, cingiu-se a ampliar dramaticamente a legitimação ativa da ação direta, estendendo-se praticamente a todos os setores da sociedade (uma actior popularis, temida por Kelsen)."

A livre competição ente os dois modelos aumentaram a irracionalidade do sistema brasileiro. O controle em concreto acaba chegando ao Supremo Tribunal pela via de recurso extraordinário. O controle em abstrato da Constituição da República é competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, proposto diretamente perante ele. Embora o Tribunal seja o mesmo, os pressupostos, as técnicas e os efeitos, as consequências, a própria concepção de inconstitucionalidade que está implícita em cada um

[18] RUSSOMANO, Rosah. Curso de Direito Constitucional. Freitas Bastos, 1997, Rio de Janeiro, p. 42 - 47.

dos dois modelos, são diferentes e, em certo sentido, até contraditórios. Na azáfama da prática diária, entretanto, é impossível a um mesmo órgão diferençar bem os tratamentos. Cede-se a tentação irresistível de importar, sem maior análise e critério, os institutos cuidadosamente desenvolvidos pelo Tribunal Constitucional Alemão. O resultado é uma confusão generalizada. Pior, para não dizer trágica, as instâncias inferiores têm sido levadas, por efeito demonstração, a imitar a desenvoltura com o qual o Tribunal de cúpula do Poder Judiciário, fascinado pelo Tribunal Constitucional europeu, movimenta-se sobre a legislação e, mesmo, contra ela, concretizando diretamente – e cada juízo a seu modo – os valores supremos do ordenamento. Está armado o palco para o "uso ideológico" dos instrumentos jurídicos, às custas da legalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica, na falta de uma instância que garanta a objetividade mínima dos valores superiores do ordenamento. "

"Diante do quadro caótico, que ameaça ferir de morte o Estado de Direito, o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores, a jurisdição constitucional concentrada e o Tribunal Constitucional são ideias que vêm multiplicando adeptos, sem um estudo de conjunto consistente." [19]

A explanação em epígrafe e destaque da abordagem crítica do ilustre Professor Dr. Cezar Saldanha demonstra cabalmente a crise nacional brasileira, suas contradições, na persecução de seu desiderato maior que é fazer valer a Constituição e os Direitos Inalienáveis da cidadania. O ilustre professor faz uma análise profunda e inteligente com sua metodologia e pesquisa eminentemente jurídica não fazendo reparos, embora mencione a derivação da "ideologização" dos julgados, não adentra o processo interativo entre a estrutura partidária eleitoral e o sistema de divisão funcional do Poder urdido por Montesquieu na sua obra O Espírito das Leis que foi sufragado por grande parte das nações civilizadas e recepcionado na Constituição Americana de 1787 e no Bloco Constitucional Brasileiro Republicano a partir de 1891. Assim é que a literatura da Ciência Política, da Filosofia e Sociologia compilam obras que demonstram numa evolução dos partidos políticos por mais de trezentos anos de suas linhas evolutivas, transformações e deformações que chegam a pós-modernidade com demonstrações de perversão ou deformação de suas concepções originais como instrumentos de representação, viabilização da Vontade do Povo Soberano, desde as teoria iniciais e a discussão inicial do mandato imperativo ou mandato ficcional da representação da Vontade Geral como muito bem Carrè de Malberg e a visão de Emmanuel Siéyès dissentiram a este respeito. São bem dizer concomitantes as obras dois ilustres teóricos um deles o ilustre e emérito professor José Antônio Giusti Tavares, meu saudoso professor e amigo particular, e o outro filosofo festejado em todo o Globo o saudado Jürguen Habermas ambos com obras específicas sobre a temática da interferência e da absorção do estado, pelos partidos, através ou da perversão de extinção, já agora do mito da separação das funções do Poder, ou do aparelhamento do estado e sua parcialização e extinção do princípio republicano da impessoalidade amplamente demonstrados, estes tristes fenômenos, que se refletem no que tanto advertia Kelsen seja, a indicação de juízes ou magistrados, para as cortes superiores, clientes devedores deste sistema iníquo que leva a tornar as maiorias dissolvidas num caldo altamente fisiológico cujo escopo maior é não a satisfação do Povo como credor originário das atenções do estado e suas autoridades mas, simplesmente, como instrumentos usados como trampolim para a conquista do poder e a manutenção do mesmo pervertendo toda a concepção idônea do Constitucionalismo e dos patriarcas fundadores da Teoria Geral da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado. O Professor José Giusti Tavares citando Joseph Schumpeter e m sua obra Capitalismo, socialismo e democracia e nos aportes desenvolvidos por Anthony Downs na obra Uma teoria econômica da democracia, publicada em 1957, chega a conclusões inusitadas para o grande público leigo sobre a interação entre sistemas partidários e a partição do poder e inclusive sua influência e afetações sobre os diversos sistemas de governo. Tavares estuda e analisa as influências recíprocas do sistema bi partidário e multipartidários sobre o presidencialismo, o parlamentarismo e os demais sistemas governamentais. A obra volumosa e magistral do professor Giusti Tavares é aquela intitulada Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas [20]. Jürguen Habermas, no mesmo ano que Giusti Tavares publicou sua tese, em 1994, publicou sua obra Direito e Democracia entre a facticidade e validade [21]. Assim é que Jurgüen Habermas, como se quisesse impor uma legítima "touca" no sistema brasileiro, a interação e conúbio dos partidos no Presidencialismo de Coalisão, com o aparelhamento em regime de verdadeiras capitanias hereditárias que é coonestado num insustentável regime do "quem indica", do "quero meu", do afilhadismo e do compadrio que informam, num profundo loteamento do estado e privatização da área pública, com suas manobras de advocacia administrativa e amplo tráfico de influencia que minam

[19] CEZAR, Saldanha Souza Júnior. O Tribunal Cpnstitucional como Poder, Uma nova teoria da Divisão dos Poderes. Memória Jurídica Editora, 2002, São Paulo, p. 138 - 140.

[20] TAVARES, Giusti. Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas. Editora Relume Dumará, Rio de Janeiro, 1994, p. 274 – 275.

[21] HABERMAS, Jurguen. Direito e Democracia. Biblioteca Tempo Universitário, Rio de Janeiro, 2011.

e subvertem a Democracia em sua acepção estrita e solapam mais e mais o verdadeiro Estado Democrático de Direito fazendo com este não seja mais que uma ficção ou uma aparência mordaz para acalmar investidores e os olheiros internacionais e cultores e censores desta ordem que dizem e clamam pelo estabelecimento de Democracias na estrita acepção da significância deste termo sem as conotações espúrias a que a nossa realidade cabocla, como usa o preclaro e admirável professor Cézar Saldanha para acutilar este sistema deformado e hediondo em que as crises e os escândalos se sucedem na colisão constantes das três funções do Poder refletindo-se da mesma forma na incoerente postura de um Supremo Tribunal e Tribunais Superiores e entes novos criados pela Partidocracia Congressual, que empalmando o poder e o estado desfiguram perante a nação escandalizada a política, o direito, e os conceitos de república, democracia e governo. Certamente necessitaríamos de um novo Cícero que clamasse frente ao povo e ao seu estupor a expressão cunhada em argúcia e veraz por si só contra a Tirania e seus Déspotas: "Quosque tandem Catilina abutere patientia mostra!".

Não se necessita lembrar o leitor que os partidos no Brasil usaram de uma figura de retórica ou de um eufemismo pois onde toda a doutrina sufraga os partidos como tendo personalidade jurídica de direito público, ao contrário, a Partidocracia que empolgou o Poder Constituinte Congressual e não Poder Constituinte de uma Assembleia Exclusiva de delegados do Povo Soberano, esta Partidocracia, deu aos Partidos uma natureza privada como sufraga a Constituição de 1988 e no entanto, paradoxalmente, a eleição dos "representantes do povo", se assim se pode dizer que o são, pois alguns representam bionicamente o vazio demográfico desde a Constituinte e mesmo reiteradamente como expressão de Poder Constituído. Sim, os partidos "privados" usam bilhões de fundos públicos eleitorais sem contar o poder de emenda parlamentar que lhes dá o direito de abocanhar outros bilhões para transferirem direto aos seus clientes eleitores como bem descrevem tanto Jurguen Habermas como o Dr. Giusti Tavares em sua ampla tese sobre o modus operandi dos partidos e suas afetações sobre a Tripartição dos Poderes, melhor dizendo das funções do Poder e sobre o seu loteamento e "asenhoramento" sobre o estado. Jurguem Habermas de certa forma faz uma sinopse do estudo profundo de Giusti Tavares pois com o condão de um estilo de síntese e enxugado ao máximo assim visualiza a ação dos partidos que parece que reproduz a realidade nacional que se subsuma ao texto: "A crítica atualmente se dirige contra a estatização dos partidos políticos visa, em primeiro lugar, a uma prática que instrumentaliza a concorrência entre os diferentes programas que buscam o assentimento público de eleitores para fins de recrutamento de pessoas e para a distribuição de cargos. Trata-se de uma diferenciação institucional entre duas funções, que os partidos assumem, apoiados em boas razões. Enquanto catalizadores da opinião pública, eles são chamados a colaborar na formação da vontade política e na educação política (com a finalidade de qualificar os cidadãos para exercer o seu papel); porém, enquanto máquinas de recrutamento, eles fazem seleção de pessoal e enviam grupos de líderes para o sistema político. Essas duas funções se confundiram na medida em que os próprios partidos se transformaram em componentes desse sistema. Pois, na perspectiva dos detentores do poder administrativo, os partidos assumem seu poder de participação como se fosse uma função de regulação e consideram a esfera pública política como um ambiente do qual eles extraem a lealdade das massas. O público dos cidadãos deveria poder reconhecer-se na pessoa dos guias dos partidos democráticos, e não na de um chefe de administração. Estes guias deveriam distinguir-se pelo esforço em interpretar adequadamente as necessidades, em escolher temas relevantes, em descrever corretamente os problemas e em propor soluções melhores para os problemas. Enquanto a concorrência democrática não lhes conferir uma reputação superior à dos detentores do poder administrativo, a política continuará mantendo sua falsa aréola. Pois, no Estado Democrático de Direito, tifo como a morada de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma, o lugar simbólico de uma soberania diluída pelo discurso permanece ***vazio***.[22]

2 CRISES

a) Política e Direito

Falando de forma singela a Política teria antecipado o surgimento do Direito. Comparando o ser humano e os animais gregários constatamos que não só o ser humano mas também os animais ou por behaviorismo advindo da sua própria genética, como as formigas, as abelhas e os cupins, possuem comportamentos para a busca do crescimento de suas colônias, o que seria análogo ao que o humano chama de felicidade, visando atingir o crescimento e o progresso da manutenção individual e coletiva da comunidade, com harmonia e saúde, da mesma forma alguns animais como lobos, cães, elefantes, golfinhos, na mesma expressão, de forma similar ou análoga, como os insetos, apresentam hierarquias de convivência e de lideranças nas alcateias, matilhas, manadas, famílias. O homo sapiens como ser reflexivo

[22] HABERMAS, Jurguem. Direito e Democracia. Tempo Universitário, 2011, Rio de Janeiro, p. 187.

ultrapassa com sua razão e seu pensamento as feras, algumas sencientes como já surge e se expressa um novo direito dos animais a protegê-los. Mas foi o surgimento do Direito que passou a limitar o Poder, em princípio, ilimitado contido na Política que, por ter a textura análoga a água ou ao próprio ar cada vez quer ocupar mais e mais o espaço em sua ascendência sobre os indivíduos e as coletividades e o espaço que ocupam. O direito, conforme descreve o seu surgimento Fustel de Coulanges, na sua obra A Cidade Antiga, passou assim a limitar o exercício da política, tanto individualmente com relação às pessoas, mas também com relação ao seu exercício pelos órgãos de estado. Delineia-se no Direito e seu surgimento histórico uma divisão inicial e não é errado afirmar que "ao debruçar-se sobre o tema, Direito Público e Direito Privado, constata-se desde logo em toda a doutrina, ao longo do devir histórico, a polaridade do direito a oscilar entre a esfera privada e a pública. É o chamado "fluxo" e "refluxo" que media entre o coletivo e o singular[23], entre a esfera da liberdade individual (do eu) e da limitação coletiva através da garantia de igualdade que assegura a convivência do "nós". O "oikos" – elementos da vida doméstica – é o fundamento que dá vida e projeta no "héteron" (o outro)[24] ambos, verso e reverso da unívoca realidade humana. No universo antigo dos gregos, a dimensão pública surge como uma projeção do privado, sendo que este andava imbuído de uma dimensão religiosa que transborda, posteriormente, do ciclo dos clãs e das "gens" para a sociedade[25]. A sociedade é, nessa época, pode-se dizer, orgânica, inexistindo uma dimensão de liberdade individual de conformidade com a concepção hodierna [26]. O todo é mais importante que as partes, pois o indivíduo e a família estão incorporados à "polis" ou a "civitas"[27]. O público radica sua origem no privado, ou melhor, ambos são verso e reverso da mesma medalha, a "gem" grega ou romana[28]. Sua gênese se estribou na organização gentílica dos tempos primitivos da tribo e da cidade, e na propriedade comum de todos os membros da gentilidade. Os caminhos, as praças, as muralhas e as demais coisas públicas (res publicae), assim como a terra pública (ager publicus), não pertenciam à pessoa jurídica ou moral do Estado, senão a todos os indivíduos, que tinham o direito de usá-los (usus publicus). Com relação à propriedade, ao menos dos bens imóveis, o Direito Público, no sentido de direito coletivo ou social, foi anterior, em Roma, como em todos os povos antigos, ao direito individual [29]. O professor Borja, em seu trabalho Direito Público e Privado – Desenvolvimento Histórico da Distinção[30] registra que é na obra de Cícero é que se localiza o primeiro traço de uma oposição entre o "*jus publicum et jus privatum*"[31]. No entanto, o lugar inicial e honorável, graças ao que a distinção foi conhecida e aceita, se deve a Domício Ulpiniano, cuja conservação se deve à recopilação de Justiniano através do Digesto e com a adição de uma palavra, a Instituta[32]. Extraindo do texto de Ulpiano as chamadas interpolações que se foram juntando ao mesmo através dos séculos ele seria reduzido a certeza de seu original e teríamos somente "publicum jus este quod as statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem" o que se traduz da seguinte forma: Direito público é o que respeita ao estado da coisa romana; privado, o que pertence a utilidade de cada qual[33]. Desta maneira temos que o Direito Constitucional que rege a Constituição é direito público e que as Constituições possuem partes que representam ou reproduzem tanto o Direito Público como o Direito Privado pois a Parte Orgânica das Constituições regendo o Estado no Tempo e no Espaço e com relação ao Poder, rege a parte Pública do Direito referente a forma de Governo, Forma de Estado e a Divisão das Funções legislativa, executiva e judicial do Poder sendo que a parte Dogmática da Constituição, que trata dos direitos e suas garantias desenha uma zona de franquias ou zona de exclusão delimitada por estes direitos que antecedem a criação do Estado e que por isto mesmo não foram concedidos ao Estado ou quem o "presenta" sendo assim, assinados a estes direitos, os remédios ou garantias constitucionais que delimitam a ação do público e do Estado perante a esfera privada da Sociedade Civil. A evolução do direito incorporou através do Constitucionalismo, o Princípio Democrático a ele se somando também o Princípio Republicano e todos eles preenchidos pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim é que a Política foi condicionada a obedecer estes parâmetros jurídicos na sua cinética e na sua funcionalidade, seja o seu exercício pessoal, é dizer individual, seja coletivo minoritários, seja ele exercido pelos órgãos que "presentam" a Pessoa Jurídica do Estado, através das suas três funções o Poder que teleologicamente visa fazer a Cidadania ou o Povo Soberano feliz através do Estado que é o órgão para a consecução ou que permita os melhores meios para que as pessoas, por si ou através da proteção de seus direitos individuais, coletivos, ambientais, tanto os de

[23] IRTI, Natalino. Prospective Sul Dirito Privato, Revista di Diritto Civili, p. 1 – 4.
[24] PASQUALINI, Alexandre. Reflexões para uma Tese sobre o Público e o Privado. Coleção Ajuris, p. 47.
[25] COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. p. 33, 80, 152 e 153. Mme. J. Romilly, Archives de Philosophie du Droit. p. 6 - 11
[26] Opus citae, p. 182.
[27] MOMMSEN, Teodore– Direito Público Romano. p. 14.
[28] MORGAN, Lewis H. A Sociedade Primitiva – Editorial Presença e Livraria Martins Fontes, v. 2, p. 7 - 86.
[29] BUNGE, C.O. O Direito. p. 409; MORGAN, opus citae, p. 277.
[30] BORJA, Sérgio. Direito Público e Direito Privado. Estudos Jurídicos, Unisinos, p. 7 – 8.
[31] G. Chevrier Archives de Philosophie du Droit, 1952, p. 12.
[32] VELASCO, Gustavo. Sobre la Division del Derecho em Público y Privado – Rivista trimestrale di diritto público, p. 858.
[33] CORRAL, Garcia del *apud* VELASCO, Gustavo *opus citae* p. 858.

primeira como última geração, passando dos direitos formais ou negativos até os materiais ou positivos, tenham atendidas suas expectativas próprias de felicidade protegida pela Magna Carta e pelo validade das Normas Internacionais que se projetam, como norma geral de validade das normas nacionais, como queria Hans Kelsen, na sua Teoria Pura do Direito e também Canotilho quando fala do princípio da Parametricidade, que por osmose, como coloca o jurista Sérgio Borja se espraia em todas as nações civilizadas pela identidade de direitos individuais e coletivos contidos nas partes Dogmáticas de suas respectivas Constituições que reiteram num bloco mundial e tendente a ser universal os valores de civilização da Igualdade do Ser Humano e de sua inerente Liberdade![34] Podemos estabelecer a diferença básica entre Direito e Política, no sentido de que o primeiro faz a contenção desta, como um aquário faz a contenção e a limitação da água sendo que a Ordem Jurídica e o Direito se expressam com modo funcional de expressão do Conceito Monolítico e Predominante de Procedimento de Conduta na obtenção da Felicidade Geral sendo a Política uma manifestação Pessoal ou Parcial no modo de obtenção da Felicidade, seja ela material ou espiritual, que não sejam de todo modo, obstados pelo Direito e a Ordem Jurídica que previamente selecionou as normas de conduta que trazem a felicidade através da harmonia entre os indivíduos e coletivamente. Assim é que o Princípio da Impessoalidade, vertente do Direito como norma de dever, nunca deve ser superado ou obliterado pela distorção e imperfeição da versão individual ou coletiva ainda parcial, permitindo que seu interesse sempre parcial ou minoritário, distorça a impessoalidade da Vontade Geral sufragada e defendida pela Lei que estabelece assim limites ao exercício da Política para que esta seja depurada de interesses espirituais individuais ou coletivos minoritários que distorçam a aplicação da Vontade Geral sufragada pela Lei. Assim é que a convergência concomitante dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, redimem e depuram a Política de seu defeito congênito que é o poder pessoal ou poder de um grupo minoritário que, com Justiça e dentro da lei, se resgata e redime através da sua contenção na forma desta mesma Lei sendo por estes princípios republicanos e da maioria, que preserva a existência e a opinião da minoria com sua consequente fiscalização, a manifestação maior de civilização possibilitando assim a convivência dinâmica e cinética, concomitante de direito e política!!! A política como dinâmica através de suas razões e argumentos buscando o poder justifica o surgimento das novas adaptações do conceito de Felicidade ou o que seja conforme a evolução tecnológica, a inserção temporal, ambiental, ecológica, em consonância com a evolução espiritual, material e racional do ser humano inserido no meio ambiente do planeta e vai lutar, com sua força cinética, para que o direito evolua ou se modifique na conformidade com as mudanças de significâncias da língua que traduz a inteligência do que seja nossa felicidade fazendo com que o direito, de camisa de força que coarta o exercício completamente livre da política, permita que a política, por modificação do princípio majoritário dentro desta mesma sociedade, causado pela evolução da vida e todas as suas conotações, possa assim desvestir-se das velhas vestes do direito e buscar outras roupagens que lhe sejam mais conformes às novas acepções de vida no devir dos séculos e milênios como a história do ser humano nos atesta.

b) A Linguagem como Expressão Jurídica

Não só o Princípio Democrático e sua expressão racional através da linguagem seja ela fonética ou simbólica da palavra escrita se subsume no mesmo paradoxo de expressão do cosmos onde vivemos, mas também o Espaço/Tempo do que se convencionou chamar jurídico habita ou é projeção do brocardo latino e pluribus unum! Esta expressão e atribuída ao poeta Virgílio que num de seus poemas, Moretum, fala de um agricultor que prepara seu alimento com os produtos de sua horta e que mistura os ingredientes na forma de uma prato variado de cores que se dissolvem numa só que está na significância da expressão, seja, muitos em um! Esta expressão é utilizada pelos americanos para expressar o seu federalismo ou modelo estatal como uma União com muitos estados e deriva da acepção semiótica constante da Bíblia onde Arcké ou Ordem é reproduzida como aliança com Deus o Arco-íris; Arca de Noé a acepção semiótica do surgimento da vida; e a Arca da Aliança ou da lei; pelo primeiro fenômeno físico do Arco-Irís se identifica a difração da luz branca sobre gotículas d'água e se dá a iridescência em infinitas tonalidades ou nuances e isto, na física moderna, explica as várias cores que representam o cumprimento de onda dos elementos que compõem a matéria inorgânica substrato do cosmos; num segundo momento, a teologia através da imagem semiótica da Arca de Noé, da mesma forma, significa a Vida e sua difração análoga a difração da matéria e temos em Bio ou no Zoom, Vida, do vírus com sua ambiguidade de matéria e vida, possuindo a qualidade de ambos, iniciar a borda do espetro até atravessar por tantas espécies animais até chegar a cúpula da complexidade que é o ser humano; assim se tínhamos um Arco Iris, significância semiótica e científica da Diversidade da

[34] BORJA, Sérgio Augusto Pereira de - Parametricidade e Direitos Humanos, Teoria Geral dos Tratados. Editor Ricardo Lenz: Porto Alegre, 2001, p. 209 – 239.

Matéria Inorgânica e a este símbolo semiótico soma-se um mundo orgânico na forma de Vida que difraciona toda a Orgânica dos vegetais aos animais da face do planeta; já numa terceira acepção, aparece a Arca da Aliança, contendo Nomos onde na pedra se grafam os mandamentos ou ditames do velho fas religioso ou teosófico com que o filósofo positivista Auguste Comte classificou o evoluir do pensamento humano; o cérebro humano funciona com relação a razão, implicitamente finalista, analogamente a um cristal ou gotícula d'água e o cogitar, da mesma forma que a luz com relação a matéria bruta ou a vida no seu desabrochar das múltiplas espécies, também na sua iridescência diversifica-se em ismos que são as ideologias com suas ratios finalísticas na busca da felicidade humana, no campo do direito, ou pela porta da Liberdade ou pela porta da Igualdade ou da Fraternidade que é a mesotes entre ambas, na forma da afirmação de Norberto Bobbio que em sua obra Igualdade e Liberdade expressa que a Liberdade indica um estado ou um estar do homem, do indivíduo enquanto Igualdade indica ou supõe uma relação[35]; assim temos o pensamento e a sua implícita razão finalista que através de Nomos ou a Lei seleciona, ao modo de Darwin na seleção animal, os procedimentos ou ações humanas que desde o primevo nas sociedades primitivas aglutinavam e harmonizavam a sociedade inicial, adentrando estes valores implícitos em normas religiosas, depois morais e, num escalonamento evolutivo, atingindo o que este mesmo filósofo, Auguste Comte cognominou de estado positivo ou científico pois através dos silogismos aristotélicos e da lógica formal, desenvolvida por Sto. Thomás de Aquino, e os que lhe foram sucedendo criaram a ciência e entre todas elas a pretendida ciência jurídica, que organiza e hierarquiza as regras de conduta e procedimentais alvitrados através de milênios e depuradas na reiteração histórica do começo da civilização até nossos dias. Assim é que E PLURIBUS UNUM foi transferido com compasso e esquadro na visão da Via Láctea, com seus trilhões de estrelas e galáxias, sob o embate do arco do horizonte, representado nas abóbodas geométricas das construções, no arco das armas que lançam flexas, significância esta que perpassa para a linguagem na forma de ordem da harmonia das esferas que representam o Universo que paradoxalmente é Um e Muitos sendo daí extraído o princípio Federativo mas também representando a dificuldade ou multiplicidade linguística que, na fase teosófica ou bíblica é representada no livro sacro como a Torre de Babel cujos efeitos criaram a consequência da Babel de línguas e dificuldades na própria linguagem para dar ao direito a precisão da matemática. Sim, pelo motivo que o Direito tem a pretensão de ser exato e imitar a matemática, no entanto, paradoxalmente utiliza-se da linguagem dos muitos homens (muitos em um – homens que formam o Povo soberano) não possuindo os mesmos a identidade matemática de conceitos mutuamente inteirados que lhes dê uma convicção total sobre a significância das palavras, da própria linguagem e suas expressões para traduzir o que idealiza ou tem por verdade e sua acepção estrita. Sim a palavra não tem a denotação da matemática onde a significância da unidade, da dezena, centena, milhares, e suas frações assim por diante, são sempre denotativas tendo sempre identidade de conteúdo e nenhuma variabilidade. Já a linguagem usada no sentido de imitar a matemática em sua precisão, pela ambiguidade, vaguidade, conotação conceitual e acepção das palavras ou vocábulos, gera o problema da interpretação e da hermenêutica sendo que os juízes ou tribunais especializados no discurso jurídico são designados para exercerem a função de Jurisdição ou Juris + dicere ou dizerem o direito nos casos concretos que lhes são questionados. Assim é que se estabelece a competência que é a medida da jurisdição e neste item temos também a Jurisdição Constitucional que é aquela que refere assuntos referentes ao Poder e suas três funções; as ações e omissões do estado para consecução dos fins do Estado; os direitos e garantias individuais, sociais, ambientais e toda a gama de direitos e garantias sejam elas individuais ou coletivas. Assim é que como a matéria se reflete numa difração de nuances e tonalidades na Diversidade que representa e é transferido para o mundo Jurídico como Princípio Democrático pois representa a difração do pensamento prescrutando pela razão seus fins que redundam num certo tipo ou nuance ou tonalidade de Felicidade, da mesma forma a linguagem expressa esta difração, que dificulta o entendimento ao mesmo tempo que cria alternativas filosóficas de felicidade no âmago das regras procedimentais de harmonia das relações ou pendendo mais para a Liberdade, o egoísmo ou o individualismo, ou pendendo mais para o Coletivo e a Fraternidade através do Altruismo! Estas, não escolhidas e sufragadas uma ou outra ou a mistura ou síntese de ambas, a Fraternidade, como vontade geral do Soberano em regras constitucionais, da lei maior que hierarquicamente orienta de cima para baixo, em patamares ou degraus, como queria Kelsen, decidem, na visão de Carl Schmitt, por um decisionismo constitucional qual o vetor predominante constitucional, se o da Liberdade ou o da Igualdade ou se ambos equalizados e já isonômicos em forma fraterna reeditam não só na tríade semiótica francesa Liberté, Egalité, Fraternité, mas já factíveis, como nas constituições da União Europeia, o regime do Constitucionalismo Social criado anteriormente em

[35] BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Editora |Phoenix Ediouro Publicações, Rio de Janeiro 1995, p. 7.

1917 pela constituição mexicana e posteriormente em 1918 pela constituição Weimariana. Jurgüem Habermas, em sua obra que analisa a evolução da área pública e privada diz que as constituições sociais, criticando-as, vivem como uma nave que aderna de um lado para outro no mar bravio e em que sua carga, sem estar em conteiners, faz a nave se inclinar de um lado para outro constantemente. Assim é no Brasil com o problema do seu Bloco Constitucional Social iniciado em 1930 e por qual perpassam e o reiteram todas as constituições de 1934, 1946, 1967, 1969 e a Constituição Cidadã de 1988 que inclusive, em seu frontispício constitucional utiliza-se de uma CONSTITUIÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DIRETIVA que obrigaria os legisladores constituídos a obedecerem o legislador constituinte pois ali estabeleceu os Princípios Fundamentais a que o legislador secundário e derivado, o Poder Constituído, a se submeter principalmente, com relação a manutenção do equilíbrio entre Liberdade e Igualdade a equipolência que deflui da inteligência do seu inciso IV que são os valores do trabalho e da livre iniciativa. Como Jürguem Habermas fala o constitucionalismo pátrio oscila num sistema hediondo de gangorra entre Liberalismo e Socialismo opções minoritárias que não foram o alvitre originário do legislador constituinte que equalizou, para harmonia da esfera pública a relação equilibrada entre Liberdade e Igualdade e suas isonomias equipolentes colocando o Estado como fiador de balança desta isonomia o que, com as modificações e o balanço externo das afetações internacionais, como moeda, comércio externo, desestabilizando-se a infra-estrutura econômica desestabiliza-se na mesma proporção e relação direta a super-estrutura jurídica que, através de inúmeras emendas constitucionais a transformam num remendo teratológico e um resquício infame da pretensão inicial do legislador constituinte. O problema de adulteração política sobre o jurídico já vem ab initio quando a Constituinte que deveria ser exclusiva foi uma Constituinte Congressual onde os velhos e decrépitos partidos arbitraram coonestar e desfigurar a acepção estrita do Conceito de Poder Constituinte, suprimindo o Povo Soberano de sua manifestação. O jusfilósofo Leônidas Xauxa denunciou o déficit de representação constitucional e majoritária populacional que deve estear o conceito de democracia. No artigo Constituinte e representação política publicado em ZH e depois compilado na edição da UFRGS que, em síntese, na análise da representação dos estados urdidas através do art.45 da Constituição que cria uma proporcionalidade esperta e caça virtualmente representantes, diz Xauza: " A agregação dos dados conduz ao absurdo o sistema quando consideramos que cerca de 33 milhões de habitantes somados do Rio Grande do Sul e São Paulo elegerão 98 constituintes sendo que os mesmos 33 milhões de habitantes distribuídos por 14 outros estados – compreendendo todo o Norte, todo o Centro-Oeste sem Goiás e todo o nordeste sem a Bahia – elegerão 217 constituintes!!![36] No mesmo sentido a análise do Ex-Presidente da OAB, secção do Rio Grande do Sul e ex-Presidente do Superior Tribunal Eleitoral Luiz Carlos Lopes Madeira que sob o sugestivo título de Por Muito Menos o Rio Grande foi a Guerra publicou artigo no mesmo ano de Xauza, 1985, dissecando o problema do déficit de representação constituinte pois o art. 5 da Constituição e as demais Constituições nacionais todas possuíam o mesmo dispositivo, reza que todos os cidadão são iguais e da se infere que também iguais no voto mas, com relação, ao que se depreende do art. 45, que revoga o art. 5 e art. 14 que diz que o voto será igual para todos!!!! Assim é de concluir que de uma SUBSTANCIAL INCONSTITUCIONALIDADE no corpo da Constituição se deduz equivocadamente a proporcionalidade teratológica do art. 45 da mesma!!!! Não bastasse esta ocorrência vem o ex-deputado; ex-senador e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal e confessa com todo o estertor perante o public out cry que teria "contrabandeado" para a constituição, como constituinte que era, artigos não votados em nenhuma comissão da mesma, adulterando assim o texto da mesma!!! (Affair publico com Nelson Jobim que confessa publicamente atos prescritos); mesmo que se suprima as inconsistências históricas, doutrinárias, com relação a aquilatar a Vontade do Soberano, constatamos que a constituição de 1988 é irmã xifópaga da constituição de 1946 pois ambas são egressas de regime de força. Assim é que a Constituição de 1988 banindo a criação de crises gestadas pelas alternativas adotadas com relação a constituição de 46, para o bem da estabilidade e também de que o Congresso ou Legislativo deveria se prevenir de ataques de Executivo, implantou no novo modelo constitucional o chamado voto de ballottage ou duplo turno francês que visava estabilizar o governo das maiorias pois no regime de 1946 a maioria presidencial poderia se eleger com 30% e vencer as demais chapas e assim, paradoxalmente, uma minoria de 30% iria governar uma maioria de 70%. A fim de que a eleição presidencial contivesse realmente um número majoritário foi implantado o voto de ballotage e a adoção de um segundo turno caso no primeiro não houvesse um ganho de maioria absoluta. Ao mesmo tempo que se institucionalizou constitucionalmente esta alternativa a legislação eleitoral permitiu as coligações partidárias o que ocasionou o derretimento dos fins partidários, isto é dizer de seus ideários programáticos, pois os partidos, fisiologicamente, pela luta na obtenção do poder fechavam contratos que uniam em casamento o

[36] XAUZA, Leonidas. Compilação de ensaios publicados pela Editora da UFRGS sob a coordenação de Élgio Trindade e Osvaldo Leite. 2004, p. 112 – 113.

Canhoto e Deus pouco importando a diferença entre o Bem e o Mal como já escrevera o filósofo Sartre em sua peça teatral o Diabo e o Bom Deus! Desta forma é que se enceta no cenário constitucional a construção da parlamentarização do sistema presidencial ou ainda o cognominado majoritariamente como Presidencialismo de Coalizão. O Presidente da Republica passou a ser um refém do Congresso pois não tendo uma maioria parlamentar na Câmara e Senado passaria a atuar como um títere perante uma bancada amplamente majoritária embasada ficticiamente numa representação que possui o mesmo defeito congênito da Constituinte sendo que, da mesma forma, repetindo o déficit de representação da Constituinte, o Poder Constituído erige uma maioria interna que, em alguns períodos, é como se fosse o que a Declaração de Direitos Americana ou o próprio Federalista, que rezam que uma maioria, sem limites, é, da mesma forma tão tirânica ou ditatorial como um órgão monocrático. Ao analisar-se a esteira de inúmeras Emendas Constitucionais maculando a obra do Poder Constituinte Originário depreende-se da análise a voo de pássaro perfunctoriamente um processo de centralização ou adulteração do federalismo para um centralismo exacerbado depositando mais e mais, concentrando mais e mais, na União, no Congresso e no Poder Judiciário, espelho daquele pelas indicações dos Juízes das Cortes Superioras, se agrava com a emenda da reeleição, que quebrando um bloco constitucional republicano de mais de 100 anos, nem os governos militares não se reelegiam, adultera o Soberano dando ao Presidente, Governadores e Prefeitos, a capacidade de reeleição, que assim alastrada na federação foi a moeda de coonestação a prática de uma Substancial Inconstitucionalidade no regime em que o Poder Constituído, secundário e derivado, cresce sobre o Poder Constituinte Originário fazendo da Constituição uma Metáfora Ambulante ou um Rebotalho Ficcional.(Emenda 16 de 1997). Esta emenda é assinada por Michel Temer, Presidente da Câmara, que no mesmo ano escreve artigo emblemático na Folha de São Paulo confessando ipsis litteris o crime de esbulho do Poder Constituinte Originário pelo Poder Constituído. Temer escreve na Folha de São Paulo e é dele o texto de 2.11.1997 que confessa: "Caso não se dê aos projetos que tramitam pelo Congresso Nacional essa roupagem - exclusivamente política, não jurídica – possivelmente o Supremo Tribunal Federal , como guardião da Constituição, poderá declarar a sua inconstitucionalidade. Confessava mais afirmando: "Se as forças políticas majoritárias do país, com o apoio popular expresso em plebiscito, resolverem alterar a Constituição, contra seus próprios dizeres, que o façam por instrumento que se legitime por si mesmo. Independentemente de autorização constitucional".[37] Assim a Emenda nº 3 que no bojo da criação da CPMF cria a Ação Declaratória de Constitucionalidade ainda a Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional coartando Executivos; com os efeitos vinculantes extinguindo previamente a opção aberta do princípio federativo esteada e retratada no sistema Difuso de Controle da Constitucionalidade calando assim, por antecipação e por redução, a possibilidade de manifestação do Povo Soberano através de qualquer juiz; outro dado teratológico no ordenamento constitucional é a Emenda nº 45 de 8 de Dezembro de 2004 onde o Poder Constituído erigido, pode-se dizer em Poder Constituinte Continuado, sem limitação do Poder Constituinte Originário criou órgãos dentro do Judiciário e do Ministério Público que não haviam sido contemplados retirando ipso fato, pela atribuição de novos poderes aos membros destes órgãos indicados por Tribunais Superiores também indicados e órgãos da OAB e Ministério Público, também indicados e originários dos quintos constitucionais, na fórmula de seu artigo 103 B, que nos incisos I a XIII indica os indicados e no seu § 4º a discriminação de sua função como Espada de Dámocles suspensa sobre a magistratura tanto de primeiro como segundo grau de quadro de juízes concursados e não indicados pelo sistema do "quem indica" alvitrado pelo Constituinte Congressual; atribuindo poderes que por sua atribuição sonega ou relativiza os poderes dos órgãos da Magistratura e do Ministério Público, colocando-lhes uma legítima Espada de Dámocles sobre suas cabeças, relativizando ao máximo suas garantias constitucionais em vista de que institui; da mesma forma através do art. 103 desta emenda criam-se as Súmulas com seu poder vinculante o que somado ao processo de relativização do Controle Difuso da Constitucionalidade feito por juízes togados de carreira e concursados desviando, no que interessa aos queixosos políticos, uma concentração ou enxugamento do sistema FEDERATIVO transformando-o num sistema unitário concentrado em que o Poder Político do quem indica e da maioria partidária urdida sob o voto de ballottage, com a desproporção do art 45 da Constituição e com a falta de democracia interna dos partidos que possuem caciques, caudilhos e chefes que indicam os candidatos, fazendo com que o Estado Democrático de Direito seja uma mera aparência em cuja cortina tecida pelo conjunto de Emendas Constitucionais fortificam mais e mais o domínio do cerne partidário majoritário pois que, embora o sistema partidário formal seja considerado multipartidário na realidade é que permitindo-se as coligações ou associações interpartidárias o sistema na realidade ou de fato sofre uma transformação podendo ser identificado como

[37] BORJA, Sérgio. Revisão Constitucional ou Golpe Congressual?. O Projeto Democrático. Editora Lenz, 2001, p. 233 – 234.

Bipartidário de fato onde existe um núcleo duro que apoia o Presidente ou o têm como mero títere pois se o Executivo, pela constituição de 1988, não detiver apoiamento partidário ele poderá sofrer impeachment e todos os impedimentos possíveis como a obstrução de seu governo através do truncamento do processo legislativo tanto de iniciativa do Presidente, que fica estacionado no Congresso por falta de impulso ou, se for o caso de leis de iniciativa do Congresso, seja Câmara ou Senado, o veto presidencial poderá ser derrubado.

c) O Espaço como manifestação Linguística e Juridica

Ora, se como vimos antes analogamente ao inorgânico e ao orgânico, respectivamente mundo físico e mundo biológico, há uma diversidade ou multiplicidade de tons e nuances caracterizadas ou através do cumprimento de onda da matéria, no primeiro caso, ou da variedade incrível de seres vivos tanto vegetais como animais, na terceira camada ou Noosfera como pensa o grande filósofo Teilhard du Chardin onde surge o pensamento e a expressão do mesmo como linguagem falada, escrita ou hodiernamente computadorizada em bits, megabites, giga e therabites, aí também onde René Descartes expressou o brocardo "cogito ergo sum", sendo que Friedrich Nietzsche vislumbrou no seu poema o Super Homem, nos primeiros versos, quando Zaratustra com seu cajado contempla o nascimento do Sol e exclama: " Que seria de ti ó Sol se não tivésseis a mim que vos contemplo?!!" Defluindo desta expressão a diferença reflexiva do ser pensante frente ao Astro Rei que brilha esplendorosamente mas não tem as qualidades da ratio .Sim a linguagem é tão importante que as palavras ou vocábulos, por não terem as características matemáticas dos números que são denotativos, possuem as palavras, ao contrario uma conotatividade e um conteúdo conceitual que depende das acepções individuais, das cosmovisões que são contempladas pelo princípio federativo que se espraia no tempo/espaço federativo da União, estados e municípios cada um com suas crenças, dialetos, gírias próprias, que se expressão e se exteriorizam em costumes e formas coletivas de pensar que integram e marcam e separam regiões inteiras através da diferença de suas expressões de sentir e pensar o seu viver. Esta temática é vital e antecede inclusive o Direito e o Controle da Constitucionalidade tanto é que foi escrita uma obra, por Marcos César Botelho, cujo título é A legitimidade da jurisdição constitucional[38] no pensamento de Jürguem Habermas. Não só Habermas, mas antecedendo este o filósofo Wittgenstein e Hans – Georg Gadamer que em sua obra Verdade e Método fala: É claro que este não é o saber da ciência. Nesse sentido a delimitação operada por Aristóteles entre saber ético da phoronesis e saber teórico da episteme é muito simples, sobretudo se levarmos em conta que, para os gregos, a ciência representada pelo paradigma da matemática, é um saber inalterável, que repousa sobre a demonstração e que, por conseguinte, qualquer um pode aprender. É certo que uma hermenêutica das ciências do espírito não poderia extrair nenhum ensinamento dessa delimitação entre o saber ético e o saber nos moldes da matemática. Ao contrário, em oposição a essa ciência "teórica", as ciências do espírito fazem parte, estritamente, do saber ético. São ciências "morais". Seu objeto é o homem e o que este sabe de si mesmo. Este, porém, se sabe a si mesmo como ser que atua , e o saber que assim possui de si mesmo não pretende comprovar o que é. Antes, aquele que atua está as voltas com coisas que nem sempre são como são, pois podem também ser diferentes."[39] Um dos problemas maiores da linguagem, além de sua conotatividade é saber se na comunicação há ou ocorre identidade total interativa entre a mente do que comunica e do que recebe a comunicação e assim por diante até que ponto a significância partilhada numa comunidade é homogênea e idêntica como partilha de todos em razão da língua não ser e não ter um uso individual, privado, mas ser coletiva pois visa a comunicação e a integração de uma comunidade. Gadamer torna dramática a significância dos conceitos e da linguagem quando expressa que: "Enquanto a vida da linguagem conviver com conceitos, o esclarecimento histórico-conceitual é significativo – mas isso também significa que o ideal de um saber consciente total (Bewusstheif) é absurdo.[40]" Marcos Botelho analisando a retórica de Habermas afirma que "a introdução de "U" (Universalidade) por Habermas teve o desiderato de considerada como regra de argumentação, possibilitar o acordo em discursos práticos sempre que as questões envolvidas digam respeito a todos os concernidos, entendendo o mestre alemão que o princípio "U", atuando como ponte, nos possibilita dar um passo em direção a ética do discurso. A validade da norma é obtida somente quando ela for expressão de uma vontade universal. Isto significa que a norma pode merecer o reconhecimento de todos os implicados e não apenas de alguns, razão pela qual o objetivo do discurso prático é o acordo ou o consenso racionalmente motivado mediante uma práxis argumentativa. A consequência disso é que a validade fática das normas não será mais condição suficiente para sua aceitação, já que o processo fundamentado pelo entendimento intersubjetivo exige que a validade

[38] MARCOS, César Botelho. A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jurguem Habermas. Editora Saraiva, 2010, São Paulo.

[39] HANS, Georg Gadamer. Verdade e Método. Traços de uma hermenêutica filosófica. Editora Vozes, Petrópolis, Rio de Janeiro, v. 1. p. 320

[40] GADAMER, p. 104.

seja resultado de uma práxis argumentativa inclusiva, capaz de abarcar todos os concernidos."[41] Assim é que se a filosofia prescruta a problemática da linguagem e o direito a neutralidade dos órgãos para a consecução do Controle da Constitucionalidade das Normas e também da realização isenta dos direitos humanos com dificuldades que a grande massa crítica do pensamento ainda não solucionou imagine o leitor quando foram criados os diversos sistemas alternativos de controle nos séculos passados, o tipo difuso que promana da Constituição Americana de 1787, que através do arresto proferido pelo chief of justice Marshal através de uma dilema estabelece a hierarquia e durabilidade das normas constitucionais fundantes outorgando aos juízes, em forma difusa, o controle da constitucionalidade das normas.

3 PERSPECTIVAS

A implantação de um Código de Processo Constitucional do ponto de vista abstrato e que não se atenha a implantação prática em algum estado é um imperativo de ordem racional e ética que representa, na suposição de uma perfeição de funcionamento de um legítimo regime de Estado de Direito Democrático o perfectibiliza no mais alto grau. No entanto é notório que supondo o suporte real do Estado Democrático de Direito que funciona no Brasil e seus andrajos tristes e anêmicos cotejados frente a um real Estado Democrático de Direito, e, nesta comparação não deveríamos aspirar a utopia ou o ideal inexistente e próprio ao mundo dos sonhos, mas comparado com modelos reais e factíveis em plena vigência nos países mais avançados como os escandinavos, veríamos, que depurado o sistema político de seu clientelismo e profissionalismo, simplificado e depurado de sua condição teratológica atual vigente no Brasil, teríamos sim a convicção e a consciência plena de sua factibilidade e pronta implantação para o melhor aperfeiçoamento da Democracia, do regime da Constituição, da real efetivação dos Direitos Inalienáveis tanto de primeira geração como os supervenientes no evoluir do direito. Resta, na negativa destas existências ideais, a esperança que uma ampla Constituinte com profundas reformas políticas, partidárias e eleitorais, abreviem os mandatos tornando-os verdadeiramente republicanos e extinguindo esta casta de políticos de sangre nobre que se reelegem indefinidamente pois a representação muito mais do que profissão é um mandato temporário, um múnus público cuja deturpação atual faz com que a Política, como manifestou Kelsen em seus temores no debate perante uma assembleia de notáveis, como já foi citado, temia sempre a contaminação do jurídico pelo político e a adulteração do princípio majoritário, sem controle, loteando, pelas suas indicações clientelistas, funções e órgãos do estado, inclusive a cúpula do judiciário, que por sua longa permanência fazem com que o sistema hoje estertore sob as escaras denunciadas e abertas como demonstra este trabalho.

[41] MARCOS, Cesar Botelho. A legitimidade da Jurisdição Constitucional no pensamento de Jurgen Habermas. Saraiva Editora, 2010, São Paulo, p. 119.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Ediouro: Rio de Janeiro, 1995.

BORJA, Sérgio Augusto Pereira de - Parametricidade e Direitos Humanos, Teoria Geral dos Tratados. Editor Ricardo Lenz: Porto Alegre, 2001.

BORJA, Sérgio. Direito Público e Direito Privado. Estudos Jurídicos, Unisinos.

BORJA, Sérgio. O Projeto Democrático. Democracia Social e Maniqueismo. Ricardo Lenz Editor, Porto Alegre, 2001.

BORJA, Sérgio. Revisão Constitucional ou Golpe Congressual?. O Projeto Democrático. Editora Lenz, 2001.

CEZAR, Saldanha Souza Júnior. O Tribunal Cpnstitucional como Poder, Uma nova teoria da Divisão dos Poderes. Memória Jurídica Editora, 2002, São Paulo.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. p. 33, 80, 152 e 153. Mme. J. Romilly, *Archives de Philosophie du Droit.*

HABERMAS, Jurguen. Direito e Democracia. Biblioteca Tempo Universitário, Rio de Janeiro, 2011.

HANS, Georg Gadamer. Verdade e Método. Traços de uma hermenêutica filosófica. Editora Vozes, Petrópolis, Rio de Janeiro, v. 1.

IRTI, Natalino. Prospective Sul Dirito Privato, Revista di Diritto Civilil.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional, Martins Fontes, 2003, São Paulo.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Editora Martins Fontes, 1997, São Paulo.

LAMBERT, Édouard. Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. Dalloz, 2005.

LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo – Coleção os Pensadores, Editora Nova Cultural, São Paulo, 1991.

LOMBARDI, Giorgio; SCHMITT, Carl; KELSEN, Hans. A Polémica Schimitt/Kelsen. Editora Clássicos do Pensamento, Editorial Technos, Madri, 2009. p. XXXIII - XXXV.

MARCOS, Cesar Botelho. A legitimidade da Jurisdição Constitucional no pensamento de Jurgen Habermas. Saraiva Editora, 2010, São Paulo.

MOMMSEN, Teodore– Direito Público Romano.

MORGAN, Lewis H. A Sociedade Primitiva – Editorial Presença e Livraria Martins Fontes, v. 2.

PASQUALINI, Alexandre. Reflexões para uma Tese sobre o Público e o Privado. Coleção Ajuris.

PINTO, Ferreira. Princípios de Direito Constitucional Moderno. Saraiva, 1983. São Paulo.

RAND, Ayn. A Virtude do Egoísno. A Verdadeira Ética do Homem: O Egoismo Racional. Ortiz, Porto Alegre.

ROSAH, Russomano. Controle da Constitucionalidade das Leis. Curso de Direito Constitucional. Editora Freitas Bastos, 1997.

RUSSOMANO, Rosah. Curso de Direito Constitucional. Freitas Bastos, 1997, Rio de Janeiro.

SIÉYÉS, Emmanuel Joseph. Quest ce que le Tiers État?. Editora Lumem Juris, 1997, Rio de Janeiro.

SILVA, José Afonso da. Da Jurisdição Constitucional do Brasil e na América Latina". Revista da Procuradoria Geral do Estado, n. 13/15, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1980.

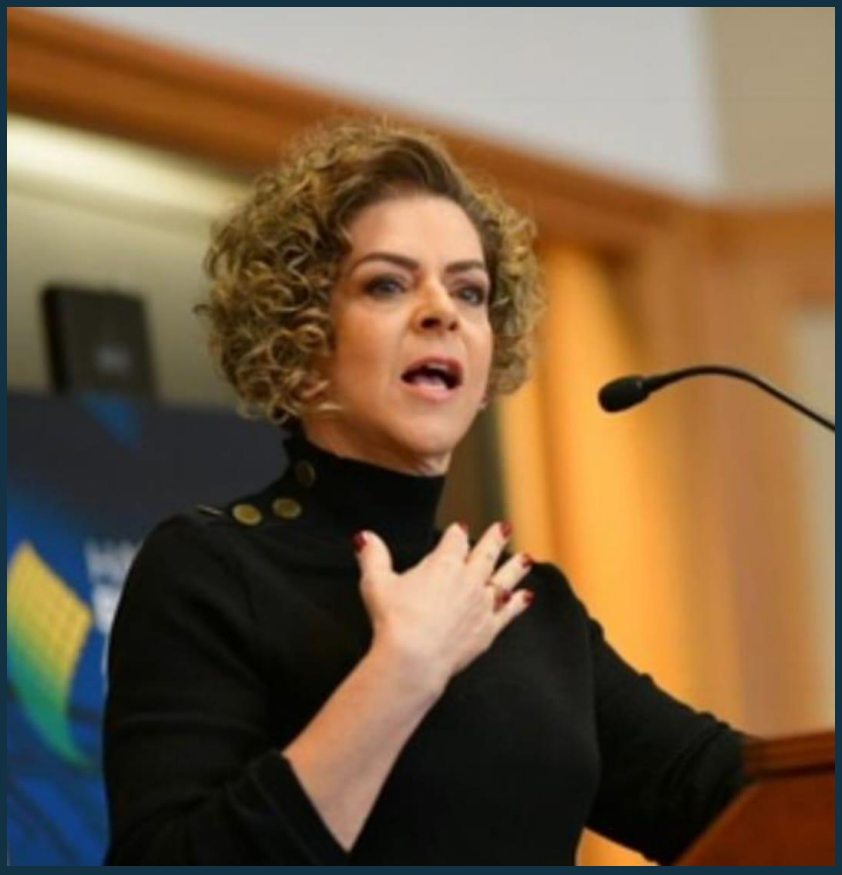
TAVARES, Giusti. Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas. Editora Relume Dumará, Rio de Janeiro, 1994.

VELASCO, Gustavo. Sobre la Division del Derecho em Público y Privado, Rivista trimestrale di diritto público.

XAUZA, Leonidas. Compilação de ensaios publicados pela Editora da UFRGS sob a coordenação de Élgio Trindade e Osvaldo Leite. 2004.

DIREITO FUNDAMENTAL DO JURISDICIONADO E DEVER FUNDAMENTAL DO ESTADO: MANTER A JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL E, EM ALGUNS CASOS, EVITAR QUE TENHA EFEITO RETROATIVO

FUNDAMENTAL RIGHT OF THE JURISDICTION AND FUNDAMENTAL DUTY OF THE STATE: TO MAINTAIN STABLE JURISPRUDENCE AND, IN SOME CASES, PREVENT IT FROM HAVING RETROACTIVE EFFECT



Teresa Arruda Alvim[1]

O sistema de precedentes é novo e a questão da modulação, se foi razoavelmente estudada a luz da Lei 9.868/99, ainda está menos do que engatinhando quando se trata da figura prevista pelo novo Código de Processo Civil. O legislador processual civil foi lacônico, e transferiu a responsabilidade de criação das regras de funcionamento da modulação ao Judiciário e aos estudiosos: não há como atingir um sistema

[1] Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de *Cambridge* – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. *Honorary Executive Secretary General da International Association of Procedural Law*. Membro Honorário *da Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de *Derecho Procesal*, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Thomson Reuters/Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Thomson Reuters/Revista dos Tribunais. Advogada. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2042349916662446. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-9606-0010.

que produza efeitos benéficos para toda a sociedade, se não houver o adequado diálogo entre esses dois setores.

Palavras-chave: Jurisprudência; Estabilização; Direito e dever; Sistema de precedentes; Modulação dos efeitos.

The system of precedents is new and the question of modulation, if it has been reasonably studied in light of Law 9,868/99, is still less than in its infancy when it comes to the figure provided for by the new Code of Civil Procedure. The civil procedural legislator was laconic, and transferred the responsibility for creating the modulation operating rules to the Judiciary and to scholars: there is no way to achieve a system that produces beneficial effects for the whole of society, if there is not adequate dialogue between these two sectors.

Keywords: Jurisprudence; Stabilization; Right and Duty; System of precedents; Effects modulation.

INTRODUÇÃO

Parece evidente existir o direito fundamental a se conhecer de antemão as regras às quais se está submetido, para que se possa planejar conduta, que seja conforme ao direito.

Este direito fundamental se liga ao princípio da legalidade, da isonomia, ao direito à previsibilidade. Em contrapartida, ao Estado cabe criar normas e fazê-las conhecidas dos indivíduos, para que este seu direito fundamental seja respeitado.

Acontece que a pauta de conduta que o jurisdicionado deve respeitar não decorre unicamente da atividade do Legislativo. Decorre de uma espécie de "combinação" entre atividades do Legislativo e do Judiciário, sendo, este último, o intérprete da lei. A lei pode dar origem a pautas de condutas diferentes, na dependência do modo como for interpretada. De certo modo, também a doutrina desempenha, às vezes em menor, às vezes em maior intensidade, um papel na versão final da norma.

Ocorre, entretanto, que, se, de um lado, leis não têm efeitos retroativos, pois não atingem a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, nem o direito adquirido, de outro lado, a mudança da jurisprudência, tem, sim, efeito retroativo.

O efeito retroativo da jurisprudência consiste na vocação que têm as mudanças de orientação dos Tribunais de atingir situações do passado, em que os agentes/atores/indivíduos terão pautado suas condutas na orientação que havia anteriormente e que foi modificada.

Destas constatações, decorrem dois deveres fundamentais do Estado, representado pelo Poder Judiciário:

1º) Não alterar seus precedentes vinculantes, suas súmulas (vinculantes ou persuasivas), sua jurisprudência pacificada, etc., de forma abrupta, da noite para o dia, de molde a surpreender o jurisdicionado e a criar tumulto e insegurança jurídica, frustrando a confiança que se deve poder ter nos atos do Estado. A produção dos Tribunais, principalmente a que é dotada de carga expressivamente normativa, deve ser estável, como a própria lei.

2º) Em alguns casos, havendo alteração de orientação, modular os efeitos da nova posição, de molde a proteger a esfera daqueles que, confiantes na orientação anterior, nesta pautaram sua conduta.

1 DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata entidades públicas e privadas. São elementos da Constituição material e se ligam à estrutura básica do Estado e da sociedade[1].

Os direitos fundamentais não podem ser concebidos se não em face de uma ordem de valores dominante, bem como "circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional" [2].

Evidentemente, há os direitos fundamentais não escritos, dedutíveis dos princípios fundamentais da nossa Constituição[3].

São direitos fundamentais não escritos ou implícitos, posições fundamentais subentendidas, mas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, ensina Ingo Sarlet.

Foi justamente esta abertura que nos inspirou a entender que o direito, que têm os indivíduos, de saber a quais pautas de conduta estão submetidos, é direito fundamental.

Para que seja garantido ao indivíduo este direito fundamental é inevitável que se entenda exigível comportamento do Estado, neste sentido. Quem cria normas de conduta é o Estado e, portanto, cabe-lhe criá-las, com antecedência, e proporcionar o conhecimento destas normas à sociedade, para que os indivíduos possam planejar suas vidas. Trata-se, portanto, de correlatos deveres fundamentais.

De fato, é surpreendente a ausência na doutrina brasileira de referências frequentes aos deveres fundamentais. Talvez esta situação seja fruto da preocupação exacerbada, que se instalou na Europa, com criar regimes que garantissem de forma efetiva os direitos fundamentais, afastados pelos

[1] SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88.

[2] SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 88.

[3] Ingo Sarlet. Idem, ibidem.

regimes totalitários[4].

Este caminho se iniciou com a "era dos direitos", iniciada com a revolução francesa e maximizada no pós guerras.

Interessa, para estas anotações, a noção de deveres fundamentais ligada à atividade do Estado.

Deveres fundamentais dizem respeito a posições:

> [...] do mais elevado significado para a comunidade ou, o que é a mesma coisa, hão de revelar-se importantíssimas para a existência, subsistência e funcionamento da sociedade organizada, num determinado tipo constitucional de Estado ou para a realização de outros valores comunitários com forte sedimentação na consciência jurídica geral da comunidade (NABAIS, 2015, p. 72 – 73)[5].

Esta noção não exclui, mas, ao contrário, abrange a necessidade de se atribuírem deveres fundamentais ao próprio Estado. De fato, criarem-se ou, segundo outra ótica, reconhecerem-se direitos fundamentais, sem que haja os correlatos deveres, pode ser estrutura de pouca operatividade.

A nosso ver, como dissemos antes, não há como deixar de compreender como um direito fundamental a ciência prévia das regras nas quais os indivíduos devem basear suas condutas. Esta cognição prévia é noção e, de rigor, é exigência, do próprio Estado de Direito. De fato, uma das características principais do Estado de Direito é a de que governantes e governados estejam sujeitos às mesmas normas, que, obvia e evidentemente, devem ser previamente conhecidas e, como regra, não podem ter efeitos retroativos, i.e., atingir situações passadas.

A nosso ver, não há como deixar-se de ver este direito como direito fundamental. O óbice teórico decorrente de uma concepção superada da teoria da separação das funções do poder não deve cegar o jurista: o juiz cria, sim, em alguma medida, direito. Por isso, o dever fundamental de estabilidade e de modulação se dirige TAMBÉM ao Poder Judiciário. É dever fundamental do Estado, porque corresponde a um direito fundamental do indivíduo.

O sistema de precedentes, vinculantes ou não, trazido pelo CPC de 2015, somado ao imenso valor que esta lei dá à jurisprudência, concretiza valores de índole evidentemente constitucional, sintetizáveis na expressão segurança jurídica.

Analiticamente, pode-se pensar na isonomia, na previsibilidade, na coerência do direito e, sobretudo, a partir da ótica do jurisdicionado, no princípio da confiança.

Neste sentido, manifesta-se Fabio Monnerat (2019):

> O que esse novo sistema propõe é que a atividade jurisdicional funcione como uma atividade essencial para a definição concreta do direito, impedindo que a jurisdição seja exercida pelos diversos órgãos jurisdicionais de maneira dispersa e desconectada, o que gera não apenas uma gama incoerente de respostas díspares, como também estimula a litigância e eterniza discussões repetitivas que são diariamente renovadas em processos individuais.[6]

Toda a base principiologica deste novo cenário, de raízes constitucionais, está no art. 926 do CPC.

Indubitavelmente, admitir-se que o juiz "cria direito", ou que cabe ao Judiciário dar a versão final da norma, é o pano de fundo de muito do que vem acontecendo no processo civil, nos últimos tempos, i.e., mesmo desde antes da revogação do CPC de 1973.

---

[4] "E um factor de panjusfundamentalização têmo-lo, desde logo, no esquecimento a que têm sido votados os deveres fundamentais, esquecimento esse que mais não é do que o culminar da 'era dos direitos' iniciada com a Revolução Francesa. Expressão, a nosso ver, de um esquecimento mais amplo, como é o da responsabilidade comunitária, o esquecimento (senão mesmo a 'repressão' [À repressão dos deveres fundamentais se refere J. ISENSEE, «Die verdrängten Grundpflichten des Burgers. (Ein grundgesetzliches Interpretationsvakuum)», Die öffentliche Verwaltung, 35 (1982), p. 6189 e ss., tendo em conta a situação vigente na Alemanha no segundo pós-guerra]) de que os deveres fundamentais foram objeto na Europa ocidental do segundo pós-guerra explica-se basicamente com a preocupação, senão mesmo com a obsessão, de instaurar regimes constitucionais que, de uma vez por todas, dessem predominância clara e efetiva aos direitos fundamentais, que os regimes totalitários e autoritários haviam postergado a favor dos deveres fundamentais, que polarizaram, quando não monopolizaram totalmente, o estatuto constitucional dos cidadãos.
Daí que os textos constitucionais aprovados a seguir à segunda Guerra Mundial, mesmo quando não chegaram ao extremo de não utilizarem sequer o termo dever, como o fez a Lei Fundamental Alemã, tenham reservado para os deveres fundamentais um modesto lugar quando comparado com o tratamento intenso e extenso dado aos direitos. Uma posição que, convém acentuá-lo, não foi contraditada pela doutrina, pois também esta não encontrou no tema dos deveres fundamentais um objeto, e muito menos um objeto aliciante, das suas meditações. Efetivamente, tirando a Itália, onde ainda na década de sessenta duas monografias os versaram mais ou menos desenvolvidamente [Foram seus autores: G. LOMBARDI, Contributo allo Studio dei Doveri Costituzionali, Milano, 1967, e C. CARBONE, I Doveri Pubblichi nella Costituzione, Milano, 1968], podemos dizer que os deveres fundamentais estiveram no defeso praticamente até finais da década de oitenta[Relativamente à situação paradigmática verificada na Alemanha, em que os deveres fundamentais constituíram um verdadeiro assunto «tabu» até finais da década de setenta. Cf. O. LUCHTERHANDT, Grundpflichten als Verfassungsproblem im Deutschland, Berlin, 1988, esp. p. 22 e ss. e 395 e ss.]". (NABAIS, Casalta. Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 2 e ss.).

[5] NABAIS, Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 72 e ss.

[6] MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 62.

Esta consciência, que agora se revela abertamente, no sentido de que mesmo a operação interpretativa mais simples é capaz de "criar" norma diversa da literalidade do dispositivo, é que cria inexoráveis consequências, de que cuida o CPC de 2015; de fato, se a jurisprudência tem carga normativa: (i) dever ser estável; (ii) tem que ser uniformizada; muitas vezes, (iii) deve ser imposta; (iv) e, finalmente, os efeitos das mudanças devem ser modulados, em muitos casos.

O autor antes citado, que se ocupa com profundidade do tema, afirma que o art. 926 cria verdadeiros deveres. Este autor faz alusão ao dever de uniformização, de formalização, de orientação, de adstrição ao caso concreto e, finalmente, de modular.

Trata, também, do dever de estabilidade, observando que a estabilização pressupõe uniformização[7].

A nosso ver, estes deveres são qualificáveis como deveres fundamentais.

Trata-se do dever que têm os Tribunais de respeitar o precedente ou a jurisprudência pacificada, no plano horizontal: o tribunal, a câmara, a turma, o juiz devem respeitar suas próprias orientações.

A necessidade de estabilidade da ordem jurídica é fenômeno que deve ser associado tanto ao texto do direito positivo, quanto, obvia e evidentemente, à sua interpretação: ou é assim, ou não haverá segurança jurídica. Portanto, o Poder Judiciário é destinatário deste dever, no sentido de manter o direito estável[8].

Necessário que se diga que a estabilidade não se confunde com a imutabilidade. Aliás, a ideia de mudança convive com a estabilidade. Mas a mudança há de ser lenta, e, no novo, ainda se deve sentir algo que lembre o velho.

Não sendo cumprido este dever fundamental do Estado, cabe-lhe neutralizar os efeitos nocivos de sua conduta por meio da manipulação dos efeitos da mudança de orientação, é a modulação.

2 POR QUE MUDA A JURISPRUDÊNCIA? QUANDO ESTA MUDANÇA É BEM VINDA?

Embora a jurisprudência deva ser estável, - é bastante frequente a sua mudança[9-10]. Pode mudar por diversas causas.

A primeira das razões (1), absolutamente legítima, que leva à alteração da jurisprudência, é a necessidade de que o direito se adapte a mudanças que há na sociedade, para melhor servi-la. Esta adaptação se dá, em certos campos do direito, muito frequentemente, por obra do labor dos juízes. Envolve, portanto, necessariamente, alterações da jurisprudência.

Outra, (2) de que adiante trataremos, é a necessidade de se corrigirem erros[11].

A nosso ver, essas duas circunstâncias são as que, de fato, justificam que haja mudança de orientação jurisprudencial, embora existam outras duas, versadas mais à frente.

Voltemos à primeira delas. Uma das facetas da segurança jurídica é decorrente da existência de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e a vida real. Portanto, alterar a jurisprudência dominante, para adaptar o direito à realidade, ao contrário do que poderia parecer, contribui para a concretização da segurança jurídica[12].

É comum que, nos campos do direito, a que temos chamado de ambientes decisionais ou ambientes normativos "frouxos", o legislador se sirva de linguagem aberta, justamente para viabilizar a alteração do sentido que se venha a dar aos termos usados pela lei, adaptando-a à realidade.

No direito há também ambientes normativos mais rígidos ou "duros", que são aqueles em que à segurança jurídica, à previsibilidade, se dá imensa relevância. Nestes ambientes, o princípio da legalidade estrita desempenha importantíssimo papel. Ambientes deste tipo são, por exemplo, o direito penal e o direito tributário.

---

[7] "Nesse sentido, uniformidade e estabilidade não se confundem, mas se complementam". Idem, ibidem.
O que ocorre, de rigor, é que a estabilidade pressupõe uniformização, portanto o art. 926 do Código deve ser compreendido em sequência, ou seja, uma vez uniformizada a jurisprudência, o entendimento uniforme dever ser preservado e mantido *dali em diante*". (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Op. cit.*, p. 93).

[8] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 103.

[9] "A autoridade dos precedentes dos tribunais superiores é fundamental para a coerência da ordem jurídica, assim como para a tutela da previsibilidade e da confiança nos atos do Poder Judiciário. Tal autoridade, no entanto, não depende apenas do respeito dos órgãos judiciais inferiores. *O próprio tribunal responsável pela elaboração do precedente deve observá-lo, sem o que, em verdade, os precedentes não passariam de anúncios passageiros do semblante do Direito*" (MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011 – grifo nosso).

[10] "Overruling should generally remain limited", diz STEINER, Eva. *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdicions*. Springer International Publishing Switzerland, 2015. (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 3). p. 17.

[11] De fato, é o que diz indiretamente, Victoria Iturralde Sesma: "Si la sociedade fuera estática y los tribunales infalibles, esto presentaria pocos problemas; pero como los tiempos cambian y los tribunales se equivocam (...)". Veja-se que a autora alude às duas razões que levam à mudança da jurisprudência: alterações da sociedade e necessidade de correção de erro (SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em el common law*. Madrid: Civitas, 2005 p. 169).

[12] MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 249.

Nos ambientes normativos mais flexíveis, ou "frouxos", isto não acontece. Importa mais chegar-se à solução correta e o juiz, muito frequentemente, desempenha papel de relevo na evolução do direito. Nestes campos está, por exemplo, o direito de família.

Assim, nas áreas mais "móveis" ou mais flexíveis do direito (os ambientes decisionais "frouxos"), o uso de técnicas legislativas que apagam os nítidos contornos dos conceitos-parâmetro de decisão, roubando-lhes a nitidez, tendem a ser mais frequentes.

Estas técnicas são o uso de conceitos vagos (ou indeterminados) e cláusulas gerais.

Trata-se de técnicas operativas, que driblam a complexidade das sociedades contemporâneas e compensam a velocidade com que se operam as alterações na vida atual. De fato, hoje as sociedades são mais complexas e o sonho do acesso à justiça, em uma considerável medida, realizou-se. Sem estes expedientes, os juízes não poderiam julgar.

Estas técnicas possibilitam decisões mais rentes à realidade e proporcionam que a norma escrita dure mais no tempo.

Os exemplos são inúmeros: baixa renda, castigar imoderadamente, marca notória, bom pai de família, interesse do menor, como conceitos vagos; boa-fé objetiva, função social do contrato, função social da propriedade, como cláusulas gerais.

É natural que nesses ambientes normativos decisionais frouxos haja um número significativo de previsões legais usando essas técnicas[13].

Em casos assim, é claro que o juiz cria direito[14]. Só que, evidentemente, cada juiz e cada tribunal do país não pode criar o direito à sua maneira! Por isso, a necessidade de estabilidade e harmonização. Com a mudança (e nestes casos, sim, pode e deve haver mudanças!) há nova estabilização e consequente harmonização.

Nesses casos, se percebe com nitidez que "os papéis do juiz e do legislador são complementares – o legislador edita uma norma genérica e o juiz torna os princípios, nela contidos, concretos" [15].

Outra abertura que o direito tem em relação à realidade, que são verdadeiros "poros" do sistema, além dos conceitos vagos e das cláusulas gerais, são os princípios jurídicos. De fato, nota-se, claramente, que, nas últimas décadas, princípios vêm-se tornando elementos centrais da argumentação jurídica, tanto nos países de *civil law*, quanto nos de *common law*. Basta mencionarmos dois expoentes na matéria, cujos nomes são sempre lembrados: Dworkin e Alexy.

Foi uma evolução lenta, mas visível, que conferiu, aos princípios jurídicos, o status diferenciado que têm, atualmente.

Também são, geralmente, normas vagas, não necessariamente escritas, que incorporam valores.

Então, o direito muda, em parte, para adaptar-se à realidade. A forma como os dispositivos legais são redigidos facilita esta adaptação, porque as expressões, neles contidas, podem ser interpretadas, ao longo do tempo, de modos diferentes[16].

A jurisprudência deve, entretanto, alterar-se, lentamente, para adaptar o direito à sociedade. A sociedade é um organismo vivo e, portanto, muda, sempre, devagar[17].

---

[13] Cláudia Aparecida Cimardi aborda a necessidade de os tribunais "rejuvenescerem" os textos normativos, para adaptá-los às novas necessidades sociais. Também sustenta que há áreas do direito em que há mais abertura para que elementos da realidade fática sejam juridicizados (CIMARDI, Cláudia Aparecida. A força dos precedentes gerados no julgamento das causas repetitivas pelo novo CPC. In: NUNES, Dierle Nunes; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015. São Paulo: RT, 2017. item 3.2.2, p. 170).

[14] Reconhecendo esta possibilidade de o juiz criar direito, observa, lucidamente, Michele Taruffo (Precedente e Giurisprudenza. Napoli: Editoriale Scientifica srl, 2007, p. 11) "Por outro lado é a jurisprudência que se constitui no conteúdo efetivo do assim chamado direito vivo, que representa em muitos casos o direito de que dispomos – por exemplo, quando os juízes criam direito preenchendo lacunas da lei – ou o verdadeiro direito do qual dispomos – quando o juiz cria direito interpretando cláusulas gerais ou qualquer outro tipo de norma". "D'altra parte, è la giurisprudenza che costituisce il contenuto effettivo del c.d. diritto vivente, il quale rappresenta in molti casi il diritto di cui disponiamo – ad esempio quando i giudici creano diritto colmano lacune – o il vero diritto di cui disponiamo – quando il giudice creano diritto interpretando clausole generali, o qualunque altro tipo di norma" (grifo nosso)

[15] No original: "(...) the role of the judges and the legislators are complementary – the legislator sets out general rules and the judge renders principles concrete". (BELL, John. Judiciaries Within Europe: a Comparative Review. Cambridge Studies in International and Comparative Law, CSICL, New York: Cambridge University Press, 2006. p. 145).

[16] Ingênuo o legislador das alterações recentemente introduzidas na LINDB, imaginando que as alterações aconteceriam só nestes casos!

[17] Sugerindo que haja sempre a sinalização ou o Warnurteil para que seja sempre suave a alteração da orientação adotada por precedente ou pela jurisprudência consolidada, diz Daniel Mitidiero que: "A mudança do precedente não pode causar surpresa injusta (unfair surprise) nem ocasionar um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram temporalmente em situações idênticas ou semelhantes. Nessa linha, o ideal é que a superação do precedente seja sinalizada (signaling) pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para indicar à sociedade civil a possibilidade de mudança de orientação. Pela sinalização, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não distinguem o caso decidido e nem superam o precedente total ou parcialmente, mas apenas manifestam publicamente preocupação a respeito da adequação da solução nele contida. A sinalização é um modo de pavimentar o caminho para uma superação suave do precedente, isto é, não abrupta. Idêntica função pode ser desempenhada pela técnica análoga do chamado 'julgamento-alerta'. Embora o Código não tenha previsto um dever de alerta, é altamente recomendável semelhante sinalização". (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 132).

Mudanças bruscas não são uteis, nem desejáveis[18].

Mas a jurisprudência também muda para que se corrijam erros, reconhecidos abertamente. (2)

Veja-se um exemplo: prevalecia, no STF, o entendimento segundo o qual associações formadas por outras associações não seriam entidades de classe com legitimidade para propor ADIn[19].

Essa decisão foi, posteriormente, tida como jurisprudência defensiva, concebida quando havia receio de que a ADIn fosse banalizada, em virtude do aumento do número de legitimados, conforme rol da CF de 1988. Foi superada pela ADIn 3.153-8, rel. Min. Celso de Mello (vencido), rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12.08.2004, DJ 09.09.2005. Nessa decisão, que julgou o mérito da ADIn, considerou-se que confederações sindicais podem, sim, ser autoras de ADIns. O entendimento superado, ao que parece, foi considerado mais errado, do que, propriamente, superado.

Fernando Torreão cita, em trabalho ainda não publicado, o caso do cancelamento da Súmula 603/STJ. Em 22.02.2018, a 2.ª Seção aprovou esta Súmula, que dizia: É vedado ao banco mutuante reter, em qualquer extensão, os salários, vencimentos e/ou proventos de correntistas para adimplir o mútuo (comum) contraído, ainda que haja cláusula contratual autorizativa, excluindo o empréstimo garantido por margem salarial consignável, com desconto em folha de pagamento, que possui regramento legal específico e admite a retenção de percentual.

Seis meses depois, no julgamento do REsp 1.555.722/SP, a mesma 2.ª Seção resolveu cancelar a Súmula, sem, contudo, editar outra, em seu lugar.

O mencionado autor critica o ocorrido, observando que, muito provavelmente, se entendeu que a Súmula seria incorreta, embora não se tenha dito isso de modo expresso[20].

Por fim, a jurisprudência se altera por, ainda, outras duas outras razões (3) mudança de composição da Corte; (4) mudança de opinião dos (mesmos) julgadores.

No Brasil, diz, com razão, Ronaldo Cramer, parece que se considera "normal" entender que a jurisprudência não é do tribunal, mas da atual composição de magistrados do tribunal. Logo, mudando a composição humana da Corte, altera-se a jurisprudência: altera-se o direito[21].

O mesmo autor afirma, com veemência, que a jurisprudência de um tribunal, na verdade, não deveria alterar-se só porque mudaram os seus componentes.

Também faz alusão às duas primeiras causas a que nos referimos: adaptação do direito à nova realidade moral/ética/social etc. ou correção de erro[22].

Nem sempre é fácil separar-se a correção de erro da mudança de opinião. Como também é difícil se dizer que, quando muda a composição humana de uma Corte, os novos juízes (Ministros ou Desembargadores) não considerem, com a nova posição adotada, que estariam corrigindo erro anterior.

Em todo o caso, parece que, nessas duas últimas hipóteses, o recomendável seria que alteração não houvesse, salvo se ficasse evidente ter havido erro anterior.

O art. 926, caput, é claro ao criar este dever, que reputamos fundamental, para a magistratura: gerar estabilidade. O mesmo se pode dizer do art. 927, § 4º – diz o legislador da mudança, deve-se levar em conta "os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia".

Qualquer alteração de rumos da jurisprudência relevante (= que tem carga normativa) abala a segurança jurídica, trai a confiança do jurisdicionado e ofende a necessidade de igualdade. Por isso, devem-se ponderar valores, colocando-se a questão: vale a pena a mudança? (Art. 927, § 4º)

É desejável que as alterações de jurisprudência se deem de modo expresso, com referência explícita à posição abandonada. Muito criticável a stillschweigende Änderung ou implizite Änderung[23].

É necessário, também, que se explicitem os motivos que levaram à alteração da posição antes adotada. A lei brasileira é, hoje, expressa a esse respeito (art. 927, § 4º).

Como observa Ricardo Villas Bôas Cueva, a mudança da jurisprudência nem sempre acontece, infelizmente, de modo claro, o que é inteiramente indesejável e gera custos para os jurisdicionados. A Suprema Corte dos Estados Unidos tem praticado o stealth overruling (revogação furtiva ou camuflada do

[18] Luca Passanante (Il precedente impossibile, contributo allo studio del diritto giurisprudenziale del processo civile. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018. p. 319), em interessante trabalho recentemente publicado, dedica um capítulo a reflexões sobre o que deveria acontecer para que o prospective overruling não fosse necessário. Observa que não deveria haver overruling repetimos, pois as decisões deveriam ser fruto de atenta e lenta ponderação, amadurecida por meio de obter dicta; overruling nunca poderia ser imprevisível; nunca poderia ser lesivo.

[19] ADIn 993, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.03.1994, DJ 22.04.1994, p. 8941 (v.u.).

[20] CARVALHO, Fernando Gaião Torreão de. A função constitucional do Superior Tribunal de Justiça e a necessidade de readequação da técnica de julgamento do recurso especial. Dissertação de Mestrado – Instituto Brasiliense de Direito Público, 2019. p. 80-81.

[21] CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 147.

[22] Ibidem, p. 150.

[23] ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. item 7.3, p. 248. Seria, esta, uma mudança de jurisprudência "disfarçada", não explícita.

precedente). Talvez, comenta o autor, esta prática sirva para evitar críticas da opinião pública[24].

3 QUANDO NÃO DEVERIA TER HAVIDO ALTERAÇÃO, DEVE HAVER MODULAÇÃO

Existem, a nosso ver, alguns critérios para que se perceba em que espécie de casos seria recomendável a modulação.

Quando a jurisprudência, pacificada e tranquila, se altera, ou quando muda entendimento adotado em precedente vinculante ou em súmula vinculante ou persuasiva, de modo brusco e repentino, o Estado está agindo contra *factum proprium*.

É diferente esta situação, daquela em que um precedente ou uma linha firme de orientação jurisprudencial vai-se desgastando aos poucos, o que faz com que, paulatinamente, deixe de ser um parâmetro de previsibilidade, infundindo confiança.

O desrespeito ao dever fundamental de estabilidade faz nascer um outro dever: o de modular.

Este, então, é um primeiro critério: a forma como se dá a alteração de orientação de um Tribunal cujas decisões tenham carga normativa. Com a modulação, se prestigia a confiança do jurisdicionado na pauta de conduta existente.

Um segundo critério, que nos parece capaz de auxiliar na identificação de casos em que deve haver modulação, é o de se tratar de situação em que o ambiente decisional seja rígido[25] e que, por isso, a nosso ver, em tese, não se recomendaria que a alteração do direito (= da pauta de conduta) se desse por obra do Poder Judiciário[26].

Esta ideia, no sentido de que há ambientes, no direito, permeados por princípios e normas mais duros, inflexíveis, e outros, em que os princípios são mais suaves, não corresponde precisamente aos ramos do direito, vistos como um todo.

No direito civil, por exemplo, uma área rígida é a que disciplina os direitos reais. Área que chamamos de ambiente decisional frouxo é a disciplina dos contratos.

No campo penal, já que consiste naquilo que chamamos de ambiente decisional rígido, também deve, em princípio, haver modulação[27]. De molde, sempre, a salvaguardar direitos do cidadão, principalmente os decorrentes do princípio de que "não há crime, sem lei anterior que o preveja" [28]. Interpretação benéfica retroage, o mesmo não se podendo dizer quanto às decisões que são desfavoráveis aos réus[29].

Deve haver modulação quando a mudança de orientação prejudica o particular[30], quando se trata de caso que envolva, direta ou indiretamente,

---

[24] CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram a jurisprudência dominante do STJ (art. 927, § 3º do NCPC). In: ARAUJO, Raul; LIMA, Tiago Asfor Rocha; SOUZA, Cid Marconi Gurgel de (Org.). Temas atuais e polêmicos na Justiça Federal. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 113

[25] Conceito já referido anteriormente, item 3. Exatamente nesse sentido, Eva Steiner: "As indicated above, a first attempt towards systematization consists in distinguishing between different fields of law. Three relevant areas have been generally identified in the foreign material under review: criminal law, civil law and tax law. They are now considered in turn" (STEINER, Eva. Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdicions. Springer International Publishing Switzerland, 2015. (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 3). p. 18).

[26] Inegavelmente, no direito tributário: "Ora a mesma técnica, os mesmos critérios de segura aplicação do princípio da irretroatividade das leis devem reger a irretroatividade das modificações jurisprudenciais. É evidente que a confiança está pressuposta, como confiança sistêmica, difusa. Todos devem acreditar, crer, confiar honestamente nos comandos do legislador e dos tribunais superiores. E isso se protege. E se protege de modo tão intenso, que a responsabilidade pela confiança não emerge, nem precisa ser percebida, está lá onde a segurança reina absoluta" (DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009. p. 595).

[27] Dissemos neste trabalho, anteriormente, que há certos campos do direito, que chamamos de ambientes decisionais rígidos, em que as alterações do direito devem operar-se por obra do Poder Legislativo. Quando o Poder Judiciário cumpre esta função, que, de rigor, não seria sua, deve haver modulação. Alaor Leite: "O problema não está na alteração de algo existente, mas na constituição de algo inédito por fonte, em princípio, incompetente" (LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. Actas do Colóquio o Direito Penal e o Tempo. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. p. 87).

[28] Tratando-se a retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, afirma Rui Medeiros que as mesmas razões que devem levar a que se pense na irretroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de normas penais, devem estender-se às normas processuais penais, principalmente àquelas que podem contribuir para que a decisão final seja mais gravosa ao réu (MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. p. 593-594).

[29] Mesmo raciocínio é desenvolvido por ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: RT, 2016. item 3.29.4, p. 646.

[30] Ravi Peixoto faz menção ao requisito genérico do prejuízo que adviria a parte pela adoção da nova regra, que veio com a alteração do entendimento adotado (PEIXOTO, Ravi. A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015. In: NUNES, Dierle Nunes; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015. São Paulo: RT, 2017. p. 948).

o Estado[31]. Este é um terceiro critério. Se a nova posição prejudicar o particular, deve haver modulação. Não deve o particular arcar com os ônus decorrentes da incoerência da conduta dos representantes do Estado.

A modulação é um instrumento para que o particular possa defender-se contra o Estado! Quando a jurisprudência muda, repentinamente[32], o Estado (o Judiciário) está incorrendo, como observamos há pouco, em conduta encartável na má-fé objetiva: é um venire contra factum proprium.

Alteram-se as regras segundo as quais deve pautar-se a conduta dos indivíduos, o que já é indesejável; alteram-se, e, a nova regra, ainda por cima, prejudica o particular! É evidente que este não pode ser duplamente prejudicado.

De fato, esse é o terceiro critério para indicar dever haver modulação: a nova posição ou o novo entendimento do tribunal é desvantajoso para o particular[33], quando se tratar de hipótese que envolva o Estado[34].

Pode-se dizer que se o particular fosse lesado, em casos como o que se descreveu supra, estaria pagando por um "erro" do próprio Estado (Judiciário) para favorecê-lo (ao Estado) [35].

Georges Abboud (2016) menciona tal critério, quando trata da modulação de decisão em controle de constitucionalidade, mas seu raciocínio se aplica também à hipótese de mudança da jurisprudência ou alteração de precedente vinculante. Assevera, com razão, deverem prevalecer direitos fundamentais, mesmo em detrimento do interesse público. O dogma de que o interesse público sempre deve prevalecer deve ser afastado, pois se baseia na falsa concepção de que os direitos fundamentais seriam "direito privado" e nunca poderiam prevalecer sobre interesse público. São oponíveis contra o Poder Público e contra outros particulares, não devendo "ceder" em nome de interesses públicos.

Direitos fundamentais têm apoio na Constituição. São conquista histórica e entendê-los como direitos "privados", que devem "ceder", quando postos lado a lado com o interesse público, consiste em verdadeiro retrocesso do próprio processo de civilização. São direitos "fortes", exercitáveis contra o Governo e se constituem em limitação ao agir do próprio Governo[36].

O interesse público, por si só, não garante a preservação de direitos fundamentais, nem estes podem ser apequenados em nome daquele.

Em todo o caso, a argumentação de que a modulação "traria benefício" para a sociedade como um todo ou para o Governo, não se pode consubstanciar em fundamento único da modulação. A modulação, ao contrário, consiste em técnica para proteger, acima de tudo, direitos fundamentais contra a constatação da inconstitucionalidade da norma ou de certa interpretação que a esta se tenha dado e contra a mudança brusca de entendimento jurisprudencial, que venha a prejudicar o particular.

Embora seja clássica a afirmação no sentido de que entre o interesse público e privado, deve prevalecer aquele, esta, como dissemos há pouco, deve

---

[31] Inevitável a analogia com a anulação dos atos administrativos. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: atos restritivos da esfera jurídica dos administradores, se eram inválidos, o ato que declara esta invalidade deve produzir efeitos retroativos. Ao contrário, efeitos apenas prospectivos devem ser dados à declaração de invalidade de ato administrativo ampliativo da esfera jurídica do administrado – efeito ex nunc (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 472).

[32] Salvo quando estiver adaptando o direito às alterações da sociedade.

[33] No âmbito tributário, isso é comum. Jeferson Teodorovicz, em denso artigo, trata da indesejável instabilidade da jurisprudência brasileira no campo tributário, observando que, já que o legislador não pode impedir tais mudanças, devem-se fixar limites aos efeitos de tais mudanças, protegendo a segurança jurídica. Devem ter efeitos prospectivos as mudanças que prejudicam o contribuinte, sendo lícita a argumentação consequencialista, ao lado da jurídica em sentido estrito (TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica no direito tributário e modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 131, p. 65-126, nov./dez. 2016).

[34] Nesse sentido, Antonio Alves Pereira Netto: "Essas opiniões se alinham no sentido de que a modulação dos efeitos, além de ser instrumento de cunho excepcional, deve se dar somente em favor do contribuinte, aquele que é o protegido pelo primado da segurança jurídica" (PEREIRA NETTO, Antonio Alves. Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 140). Entretanto: "A prática do STF, todavia, tem apontado no sentido oposto, deixando de aplicar a modulação de efeitos quando tal providência se mostraria favorável aos contribuintes e utilizando essa ferramenta para impossibilitar a repetição de indébito decorrente da inconstitucionalidade de norma tributária, como pode ser visto a partir dos RE 556.664, 559.882, 560.626 e 559.943 (julgados conjuntamente), do RE 353.657 e dos RE 377.457 e 381.964" (...) "Quando se trata da inconstitucionalidade de normas tributárias, é certo que as questões acima ganham maior complexidade. Por ser característico pela sua maior rigidez, o Direito Tributário traz nos dois polos de qualquer litígio interesses de peso para o sistema jurídico: de um lado, as razões do Estado; de outro, os direitos dos contribuintes, aos quais já foi reconhecido o status de direito fundamental, conforme exposto" (ibidem, p. 143).

[35] A doutrina, além de escassa, não é uníssona. Diego Diniz Ribeiro sustenta que a modulação também deve haver a favor do Estado (Fisco). "Diante dessas considerações, torna-se inegável afirmar que uma decisão judicial proferida pela mais alta corte do País gera uma expectativa jurídica também para o Estado-administração, razão pela qual, em caso de mudança jurisprudencial, esta expectativa deve ser respeitada. Por tais razões, a nosso ver é perfeitamente admissível a modulação de efeitos em matéria tributária não só em prol do contribuinte, mas também em benefício do Erário, tudo em respeito aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e confiança" (RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e a jurisprudência do STF. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 178, jul./2010, p. 37).

[36] ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: RT, 2016. item 3.29.2.3, p. 367.

ser compreendida com cuidado. Não se pode mais dizer isto sem se fazer a observação de que o interesse público cede, diante da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais (arts. 1º, III e 5º da CF) [37]. Trata-se, na verdade, de uma indevida simplificação, já que os direitos fundamentais constituem o fundamento funcional da democracia.

Pode-se enxergar, nos direitos fundamentais, verdadeira garantia contra o abuso do Estado. São direitos exercitáveis pelo particular para manter o Estado com seu poder limitado (na verdade, desenhado, em sua versão final). E o particular pode cobrar do Estado o cumprimento de seus deveres fundamentais.

A ideia de Estado de Direito abrange a necessidade de o Estado respeitar direitos fundamentais.

Portanto, o interesse público não pode atuar com base na supressão de direitos fundamentais. Se se trata, sim, de um critério para a ação do Estado, não é o único e não afasta, como fórmula mágica, a necessidade de respeito aos direitos dos particulares, notadamente os fundamentais.

Há que se observar, ainda, o princípio básico de hermenêutica constitucional: direitos fundamentais e sociais hão de ser interpretados ampliativamente; limitações aos direitos fundamentais interpretam-se restritivamente[38].

Também é relevante que se trace, aqui, a distinção entre interesse público e interesse social. Direitos fundamentais devem estar sendo preservados, quando se modula por interesse social, o que nem sempre ocorre quando se alega interesse público.

Aliás, diga-se de passagem, é a própria dicção da Lei 9.868/1999 (art. 27) em que se localiza a gênese da positivação do instituto.

A modulação, pois, repetimos, é uma forma de o particular se defender contra o Estado. O Estado, quando modula, neutraliza os efeitos nefastos do venire contra factum proprium em que incidiu, poupando aqueles que agiram confiando na pauta de conduta anterior, de terem seu comportamento avaliado à luz da nova posição (= diferente norma jurídica), que não existia quando o comportamento ocorreu.

4 QUANDO DEVE HAVER A MODULAÇÃO? QUEM DEVE MODULAR?

A modulação deve ser feita pelo órgão jurisdicional que alterou a orientação antes existente, que constava de precedente vinculante, de jurisprudência pacificada... enfim, que estava cristalizada de tal modo, que fosse capaz de gerar confiança no jurisdicionado a respeito de ser aquela pauta de conduta que devesse ser respeitada.

Admitir que a nova orientação seja afastada por modulação feita por órgãos diferentes daquele de que emanou a decisão, seria fragilizar sobremaneira o sistema de precedentes. De fato, a segurança jurídica, que certamente foi um dos objetivos do legislador quando criou o sistema de precedentes do Código de 2015, ficaria profundamente comprometida, se não integralmente esvaziada, já que cada juiz do país teria a possibilidade de modular de acordo com os seus critérios pessoais.

Qualquer órgão que venha posteriormente a decidir caso a que, em tese, dever-se-ia aplicar orientação nova, cristalizada, por exemplo, num novo repetitivo, está adstrito a julgar de acordo com o novo precedente, não podendo ele mesmo dizer que não se aplica a regra nova[39], porque, naquele caso, estariam presentes os pressupostos para que se respeitasse a confiança que teve o jurisdicionado na orientação anterior.

A modulação como regra, deve ser requerida pela parte embora este requerimento não seja necessário e deve ser objeto de deliberação expressa do Tribunal. Não existe a presunção no sentido de que, não havendo decisão a respeito, não teria havido modulação.

Entretanto, o Tribunal pode modular, ainda que não tenha havido pedido a respeito. A decisão sobre a modulação de efeitos atende a interesses públicos já que, normalmente, se refere, predominantemente, aos efeitos da carga normativa das decisões, i.e., das decisões, enquanto precedentes.

Por isso é que nos parece que qualquer terceiro interessado e mesmo o amicus curiae pode postular haja modulação, embora isto seja desnecessário.

Decidir sobre a modulação é imprescindível toda vez que se altera uma orientação firme anterior. Com isso, queremos significar que se deve decidir acerca da modulação, e não necessariamente modular os efeitos da decisão. Não há sentido em se presumir que não há modulação, quando há silêncio do Tribunal.

A manifestação acerca da modulação pode ser cobrada pelas partes ou pelos amici curiae por meio dos embargos de declaração, justamente porque se

[37] NERY JR., Nelson. Público vs. Privado?: a natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Org.). Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: RT, 2008. p. 229-254, especialmente p. 245.

[38] Ibidem, p. 251.

[39] CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais:* teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 157. Ravi Peixoto afirma que o ideal é que a modulação ocorra na decisão que alterou o precedente, não posteriormente. Diz, entretanto, que, excepcionalmente, pode- se admitir que, se na decisão que superou o precedente, passando a adotar posição diferente da anterior, não se tiver feito menção à modulação, pode o juiz do caso a que o precedente se aplicaria fazer, ele mesmo, a modulação (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, item 5.3, p. 334).

considera, óbvia e evidentemente, omissa a decisão que se afasta de orientação confiável anterior, sem dizer expressamente se a nova orientação se aplica às situações do passado.

Não se pode postergar o dever relativo à manifestação acerca da modulação. Não se deve, outrossim, asseverar, na decisão em que se altera uma posição anteriormente assentada, que se decidirá sobre a modulação posteriormente, quando, talvez, as partes vierem a manejar embargos de declaração. Isso equivale à situação de o juiz dizer que proferiu uma decisão com omissão, mas vai supri-la posteriormente, quando for provocado pelos embargos de declaração.

Não é por outra razão que se têm admitido os embargos de declaração com essa finalidade: há uma omissão a ser suprida.

Não é demais dizer o óbvio: todos têm que votar quanto à modulação, mesmo os julgadores que votaram no sentido de que a alteração da orientação anterior não deveria acontecer. Não nos parece, entretanto, que, para haver modulação, no caso de que trata o art. 927, § 3.º, do CPC/2015, haja necessidade de maioria qualificada de votantes.

Esta exigência fazia sentido...

No entanto, como se percebe, é evidente ser desejável que a decisão da modulação ocorra de preferência junto com a decisão propriamente dita ou, na pior das hipóteses, o quanto antes[40]. De rigor, enquanto não se decide sobre a modulação, o acordão não está completo e por isso não deveria produzir efeitos, ainda mais enquanto precedente vinculante, se for o caso[41].

Andou mal o legislador quando, por diversas vezes, no novo Código de Processo Civil, assevera que: "Publicado o acordão", nos repetitivos, nascem os seus efeitos vinculantes em relação aos processos que ficaram suspensos; ou "Julgado o incidente" (IRDR) [42].

De fato, cometeu-se aqui um erro imperdoável. É evidente, por exemplo, que se o precedente vinculante emana do STJ e se, o acordão ainda está sujeito à interposição de recurso extraordinário, a decisão não pode produzir efeitos desde logo. Isto porque existe a possibilidade de que seu teor seja alterado com o provimento do recurso. Aliás, é isso que a própria lei diz logo depois: os recursos extraordinário ou especial, interpostos contra a decisão que julga o IRDR têm efeito suspensivo.

Portanto, o legislador, ainda por cima, se contradiz. A razão de ser desse dispositivo é obviamente a de evitar uma situação de flagrante desrespeito à isonomia. Como criar igualdade entre as pessoas que foram, desde logo, atingidas pelo precedente vinculante, por meio de decisões que foram proferidas respeitando-o, e a situação de outros que só foram atingidos pelo precedente vinculante depois que ele foi alterado pelo STF?

Esta mesma situação esdrúxula acontece quando os Tribunais deixam acontecer um intervalo de tempo indesejável entre o momento da alteração da orientação anterior e o momento em que se decide a partir de quando essa nova orientação deve ser aplicada.

Não se trata, propriamente, como entendem alguns, de um julgamento bifásico, até porque essa expressão sugere que a segunda fase possa acontecer tempos depois. Na verdade, paradoxalmente, a decisão sobre a modulação é um pressuposto sobre como se deve aplicar o precedente.

Portanto, ainda que se trate de uma decisão que normalmente é tomada depois de ter havido a tal alteração de orientação, ela é, paradoxalmente, necessária para que se possa saber como o precedente vai ser aplicado, do ponto de vista temporal.

O que se espera, no que diz respeito à modulação, é que as práticas, muitas vezes equivocadas, dos Tribunais Superiores, não sejam alçadas à categoria de "verdades", só porque são "práticas dos Tribunais Superiores". Esta, de fato, não é uma razão suficiente, embora seja muito relevante. Compreende-se que certos equívocos estejam sendo cometidos por todos nós: pelos ministros, pela doutrina, pelos advogados, já que se está, aqui, diante de um Mundo Novo, um mundo com o qual não estávamos habituados.

O sistema de precedentes é novo e a questão da modulação, se foi razoavelmente estudada a luz da Lei 9.868/99, ainda está menos do que engatinhando quando se trata da figura prevista pelo novo Código de Processo Civil. O legislador processual civil foi lacônico, e transferiu a responsabilidade de criação das regras de funcionamento da modulação ao Judiciário e aos estudiosos: não há como atingir um sistema que produza efeitos benéficos para toda a sociedade, se não houver o adequado diálogo entre esses dois setores.

[40] "Já se indagou se as regras de transição deveriam constar do próprio julgamento que determina a superação da estabilidade, ou se deveriam ser redigidas separadamente. Em nossa opinião, a junção das regras de transição com as razões do julgamento permite uma compreensão mais completa da controvérsia e da necessidade da edição do regulamento interino, podendo servir ainda quando da reavaliação destas regras no futuro". (CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudanças e transições de posições processuais estáveis. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, item. 9.6.3.4.1, p. 640).

[41] "Finalmente, pensamos que a questão da modulação da superação precedente deve ser um tópico, um capítulo propriamente, do julgamento em que isso ocorra, seja para negar sua realização, seja para dimensioná-la concretamente". (JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, item 6.1, p. 156.)

[42] "Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: (...)"; "Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: (...)".

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: RT, 2016.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

BELL, John. Judiciaries Within Europe: a Comparative Review. Cambridge Studies in International and Comparative Law, CSICL, New York: Cambridge University Press, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudanças e transições de posições processuais estáveis. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CARVALHO, Fernando Gaião Torreão de. A função constitucional do Superior Tribunal de Justiça e a necessidade de readequação da técnica de julgamento do recurso especial. Dissertação de Mestrado, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2019.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. A força dos precedentes gerados no julgamento das causas repetitivas pelo novo CPC. In: NUNES, Dierle Nunes; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015. São Paulo: RT, 2017.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram a jurisprudência dominante do STJ (art. 927, § 3º do NCPC). In: ARAUJO, Raul; LIMA, Tiago Asfor Rocha; SOUZA, Cid Marconi Gurgel de (Org.). Temas atuais e polêmicos na Justiça Federal. Salvador: JusPodivm, 2018.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. Actas do Colóquio o Direito Penal e o Tempo. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr./2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.

MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NABAIS, Casalta. O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra: Almedina, 2004.

NABAIS, Casalta. Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NERY JR., Nelson. Público vs. Privado?: a natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Org.). Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: RT, 2008. p. 229-254.

PASSANANTE, Luca. Il precedente impossibile, contributo allo studio del diritto giurisprudenziale del processo civile. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018.

PEIXOTO, Ravi. A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015. In: NUNES, Dierle Nunes; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). A nova aplicação da

jurisprudência e precedentes no CPC de 2015. São Paulo: RT, 2017.

PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: JusPodivm, 2015.

PEREIRA NETTO, Antonio Alves. Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RIBEIRO, Diego Diniz. A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade em matéria tributária e a jurisprudência do STF. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 178, jul./2010.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SESMA, Victoria Iturralde. El precedente em el common law. Madrid: Civitas, 2005.

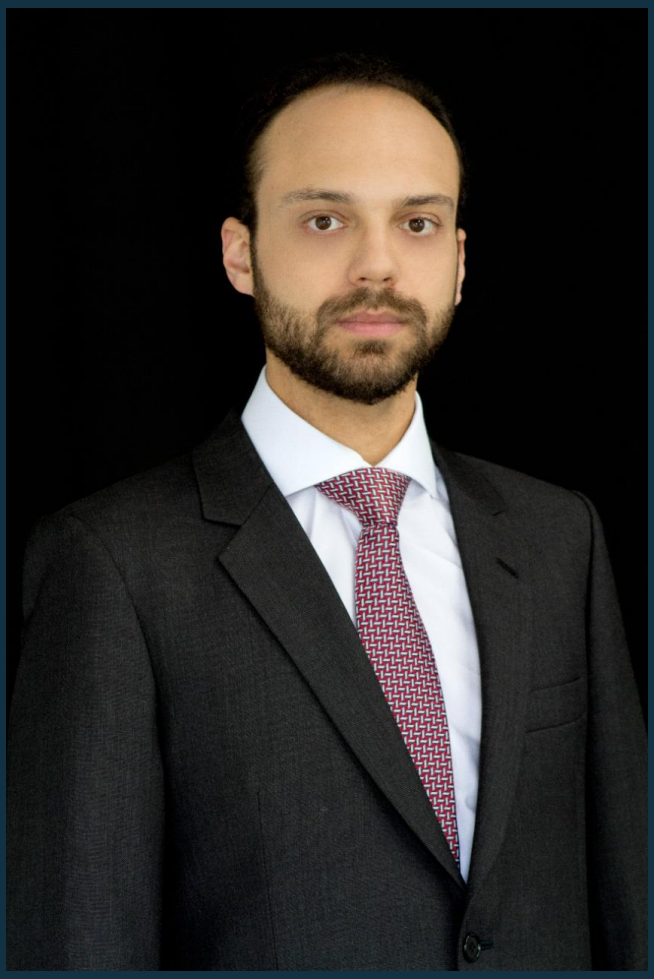
STEINER, Eva. Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdicions. Springer International Publishing Switzerland, 2015. (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 3).

TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. Napoli: Editoriale Scientifica srl, 2007.

TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica no direito tributário e modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v. 131, p. 65-126, nov./dez. 2016.

A CONCEPÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL FRENTE ÀS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

THE CONCEPTION OF A JUDICIAL DECISION BEFORE THE FUNDAMENTAL RULES OF THE PROCEDURE



William Soares Pugliese[1]

O presente trabalho busca apresentar a noção de que a principal via de manifestação da Jurisdição é a das decisões judicais. É pelo ato de decisão que as cortes decidem e justificam seus posicionamentos. Ocorre que o conceito de decisão judicial adotado no Brasil foi desenvolvido pela doutrina com foco nos processos judiciais individuais, sem se atentar para os temas e os conteúdos enfrentados pelas Cortes Superiores. Propõe-se, com isso, a atualização do instituto da decisão judicial para que se leve em conta as inovações metodológicas do Direito e, especialmente, para que se considere o instituto como o espaço priviliegiado para o desenvolvimento da argumentação jurídica dos tribunais. Para isso, o artigo parte do conceito clássico de decisão para, então, refletir sobre seus aspectos atuais. Conclui-se que a

[1] Doutor e Mestre pelo PPGD-UFPR. Pós-doutor pela UFRGS. Professor Substituto de Direito Processual Civil da UFPR. Vice-Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. Coordenador da Especialização em Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Lattes: http://lattes.cnpq.br/5838227815942237. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-5932-9076. E-mail: Advogado. william@pxadvogados.com.br.

decisão define ou pode definir normativamente os caminhos do Estado e os fundamentos pelos quais o jurisdicionado conduzirá suas ações.

Palavras-chave: Jurisdição; Argumentação Jurídica; Decisão Judicial.

This study aims to present the notion that the main way that the Jurisdiction demonstrates itself are the judicial decisions. It is through the act of decision-making that the courts decide and justify their positions. It turns out that the concept of judicial decision adopted in Brazil was developed by the doctrine focusing on individual court cases, without paying attention to the themes and contents faced by Superior Courts. It is proposed, then, an update of the court's decision institute to take into account the methodological innovations of Law and, especially, to consider the institute as a privileged space for the development of the legal reasoning of the courts. For this, the article stems from the classical concept of a judicial decision to then reflect on their current aspects. It follows that the decision sets or can normatively define the paths of the State and the grounds on which the claimants conduct its actions.

Keywords: Jurisdiction; Legal Reasoning; Judicial Decision.

INTRODUÇÃO

Na medida em que as possibilidades interpretativas no cenário jurídico foram, por bem ou por mal, ampliadas pela introdução de conceitos abertos como o de princípios, os poderes e as competências da função jurisdicional tomaram proporções até então não conhecidas pelo Estado Moderno[1]. Abre-se, assim, um novo espaço de reflexão e crítica voltada para os resultados decorrentes dessa virada metodológica e prática, o qual se reflete majoritariamente nas discussões constitucionais. A doutrina passa a questionar os aspectos dessa nova jurisdição, desde sua legitimidade e limites de sua atuação, até questões procedimentais como a necessidade de um processo que contemple as peculiaridades dos temas analisados e a relevância das decisões tomadas.

Tendo em vista o alcance do assunto, é imprescindível que se apresente o recorte aqui proposto. A questão que justifica este trabalho é relativamente simples: a principal via de manifestação da Jurisdição é a das decisões judiciais, sejam elas monocráticas ou acórdãos. É pelo ato de decisão que as Cortes decidem e justificam seus posicionamentos. Ocorre que o conceito de decisão judicial consolidado no Brasil foi desenvolvido pela doutrina com um olhar para os processos judiciais individuais, não para os temas e os conteúdos enfrentados na jurisdição constitucional. Assim, a concepção que se tem sobre o instituto da "decisão judicial" deve ser atualizada levando-se em consideração as inovações metodológicas do Direito. É esta a proposta do presente trabalho.

Para tanto, o item 2 apresentará um conceito sintético e objetivo de decisão, sobre o qual se podem desenvolver diferentes concepções. Já o item 3 investiga a transição do conceito tradicional de decisão judicial de modo a refletir seus aspectos mais atuais, especialmente o fato de que a decisão carrega consigo a fundamentação que tende a produzir efeitos sobre o próprio Judiciário e o jurisdicionado em casos futuros. Feita essa breve introdução, passa-se à análise do conceito de decisão judicial.

1 CONCEITO E CONCEPÇÕES DE DECISÃO JUDICIAL

Para que haja uma compreensão exata do que aqui se pretende expor, será utilizado como recurso metodológico a distinção entre conceito e concepção, como empregada por inúmeros filósofos como John Rawls e Ronald Dworkin, ao longo de sua obra, e que é bem delimitada por Stephen Guest (2010) com a seguinte comparação: "as pessoas podem ter concepções diferentes de algumas coisas e podem discutir umas com as outras, e muitas vezes discutem, sobre qual concepção é melhor"[2]. As "coisas", para Guest (2010), são os conceitos, enquanto as opiniões de cada pessoa sobre as coisas são "concepções". Assim, o conceito tem um nível de abstração sobre o qual há uma concordância "quanto a um conjunto distinto de ideias, e que é empregada em todas as interpretações"[3]. As concepções variam de acordo com as interpretações de cada um.

Neste primeiro item procura-se estabelecer o conceito de uma decisão judicial. Não se pretende, porém, apresentar uma definição calcada apenas no direito processual: isto seria um erro, uma vez que essa noção tem apenas uma de suas vertentes no processo, sendo que a outra decorre da Teoria do Direito.

A grande questão que gira em torno da noção da decisão judicial é que, já há muito tempo, a tradição jurídica continental europeia, também chamada de Civil Law, legou ao direito processual a tarefa de estudá-la e defini-la. Não é por acaso, portanto, que o conceito legal de decisão é dado pela legislação processual, ao tratar da sentença[4]. Assim, pode-se defini-la como uma "declaração judicial que determina uma consequência jurídica"[5]. Trata-se, portanto, de um ato privativo da magistratura ("declaração judicial") pelo qual uma consequência jurídica qualquer – material ou processual – é determinada ou estabelecida. Este conceito abrange toda sorte de decisões, desde as terminativas, de conteúdo exclusivamente processual, que extinguem um processo sem julgamento de mérito, até sentenças com conteúdo constitutivo, que podem criar relações jurídicas materiais. Observe-se, portanto, que o objetivo do conceito é atingido: trata-se de uma definição sintética que permite o tratamento do tema sem que se gerem dúvidas sobre aquilo que se discute.

Sobre este conceito, evidentemente, pode-se conceber uma série de elementos e requisitos, como a necessidade de relatório e fundamentação[6], o estilo como a decisão

[1] Em certa medida, o cenário atual pode ser comparado com outros períodos históricos, como o Direito Romano. Para uma análise com esta proposta de abordagem, ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição, Direito Material e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[2] GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. São Paulo: Elsevier, 2010. p.39.

[3] GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. São Paulo: Elsevier, 2010. p.39.

[4] De qualquer modo, a noção de decisão vai além da sentença, sendo empregada para acórdãos, decisões monocráticas e mesmo para decisões interlocutórias.

[5] JAUERNIG, Othmar. Direito processual civil. Coimbra: Almedina, 2002. p.301.

[6] No direito alemão, por exemplo, há decisões que dispensam fundamentação. Ver: JAUERNIG, Othmar. Direito processual civil. Coimbra: Almedina, 2002. p.302.

é tomada[7] e os efeitos que a decisão produz[8]. Estas opções variam de Estado para Estado, de acordo com previsões constitucioinais ou legais. De todo modo, não é pela existência de uma fundamentação pouco extensa que uma sentença proferida por um magistrado francês deixa de ser uma decisão judicial. É isto que permite, inclusive, uma eventual pesquisa de direito comparado sobre qualquer assunto: é possível examinar conceitos de diferentes países e considerar as semelhanças e diferenças de concepção dos institutos.

O ponto deste trabalho, porém, é outro. Deve-se destacar que decidir é a função essencial da jurisdição, de modo que não há caso levado ao Poder Judiciário que possa se encerrar sem um ato decisório do juiz. Em outras palavras, se há jurisdição, há decisão. Esta afirmação vale tanto para casos individuais, como um pedido de indenização por danos materiais aforado por A em face de B; como também vale para casos de repercussão nacional, como a ação direta de inconstitucionalidade que pretende autorizar o aborto de fetos com microcefalia provocada pelo vírus da Zika.

Ocorre, porém, que a decisão que julga um pedido de indenização individual, para responder aos interesses das partes, costuma se voltar para o exame dos fatos relatados no processo. O objetivo da decisão do caso individual é, essencialmente, a de servir como uma resposta definitiva para a situação que envolvia as partes, atribuindo a cada uma as consequências jurídicas pertinentes. As decisões de situações com grande repercussão, como o aborto de fetos microcéfalos, assumem uma função diversa. Ao contrário dos casos individuais, as Cortes devem decidir para todo o jurisdicionado, de modo que a fundamentação assume, ou deve assumir, outros contornos. É justamente esta particularidade que enseja o item a seguir.

2 DA DECISÃO JUDICIAL COMO TÉCNICA PROCESSUAL A VETOR DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Como decisão judicial, apresentou-se o conceito de "declaração judicial que determina uma consequência jurídica"[9]. Constitui, portanto, o núcleo do conceito a ideia de que a decisão é um ato tomado por um juiz e que ela estabelece um efeito jurídico[10]. No Brasil, estes atos judiciais devem ser praticados em um processo, pelo que é seguro incorporar essa terceira qualidade ao conceito em análise.

Uma forma de compreender este conceito é como técnica processual, pela qual o magistrado conduz o processo, definindo as consequências jurídicas relacionadas ao andamento do procedimento, ou pela qual se põe um fim ao caso em análise e ao próprio processo. Por técnica processual, compreende-se todo modo pelo qual o direito processual se predica, especialmente com o objetivo de tutelar direitos[11]. Nessa ótica, a decisão judicial é objeto típico do processo, pois é o principal meio pelo qual os feitos judiciais têm andamento.

Seguindo essa linha, a técnica processual que se revela como a decisão judicial por excelência[12], no Brasil, é a sentença, pois é ela que encerra o processo e estabelece as consequências jurídicas materiais discutidas pelas partes[13]. Assim, as sentenças "são técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos"[14]. Por conta disso, é relevante analisar a definição legal de sentença para se conhecer os elementos da decisão judicial.

Na redação original do Código de Processo Civil de 1973, sentença era definida como o "ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa", nos termos do artigo 162, §1º[15]. A consequência jurídica por excelência da sentença, no direito processual civil brasileiro, é o potencial para se encerrar o processo[16]. Mas apenas essa afirmação não é suficiente para o exame mais aprofundado que se deseja realizar – nem o era para o Código de Processo Civil de 1973.

---

7 Neste sentido, ver a análise do *stylus curiae* dos sistemas de *civil Law* e *common Law* em: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p.16-92.

8 Por exemplo, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade possuem efeitos vinculantes e erga omnes, nos termos do art. 102, § 2.º, da Constituição.

9 JAUERNIG, Othmar. Direito processual civil. Coimbra: Almedina, 2002. p.301.

10 Neste sentido, Galeno Lacerda afirmava que o despacho saneador é uma decisão que "possui conteúdo declaratório e volitivo", pela qual o juiz "nega ou admite a continuação do procesos ou da ação, dispondo, se necessário, sobre a correção de vícios sanáveis". Na tentativa de diferenciar um mero despacho de um despacho saneador, ou seja, de uma decisão interlocutória, o professor observava, portanto, a característica de determinação judicial de efeitos jurídicos. (LACERDA, Galeno. Despacho saneador. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1985. p.7-8).

11 A noção de técnica processual foi bastante explorada por MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

12 Neste sentido, é de Liebman a expressão de que a sentença é o ato jurisdicional por Excelência. (LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1980. p.217).

13 "A sentença, na definição do Código, é o ato pelo qual o juiz põe fim ao processo, decidindo ou não o mérito da causa." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Sentença: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.21).

14 MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.114.

15 Conforme a redação da Lei n.º 5.869/1973, anterior à alteração realizada pela Lei n.º 11.232/2005.

16 Diz-se o potencial para se pôr fim ao processo, porque das sentenças cabe recurso de apelação.

Após conceituar a sentença, o Código exigia, no artigo 458[17], que essa decisão tivesse relatório, fundamentação e dispositivo. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva (2000), esses três requisitos representam os "elementos estruturais básicos" da sentença, pelo que ela não existe sem que o juiz produza sua decisão nesses termos[18]. Para o professor gaúcho, esses elementos estruturais básicos permitem ao magistrado demonstrar o juízo de concreção ou de subsunção da norma legal ao caso concreto[19]. A sentença pode ser assim compreendida como um silogismo: "a premissa maior seria a lei, os fatos e circunstâncias do caso concreto e a premissa menor, sendo a conclusão do silogismo representada pelo denominado dispositivo da sentença"[20].

Dos elementos essenciais da sentença, o relatório é aquele pelo qual o juiz "dá conta dos principais acontecimentos do processo"[21]. A fundamentação, por sua vez, é o espaço no qual o magistrado analisa as "questões de fato e de direito". O dispositivo, por fim, "encerra o comando jurídico que disciplinará a vida das partes"[22], ou seja, é o elemento da sentença que determina a consequência jurídica.

Estas conclusões são reforçadas pela disciplina do instituto da coisa julgada, especialmente no que diz respeito aos seguintes artigos 468 e 469, do Código de Processo Civil de 1973[23]. O artigo 468 estabelece "força de lei" nos limites da lide, ou seja, entre as partes e sobre a questão envolvida. Já o artigo 469 dispõe que não fazem coisa julgada os motivos da decisão, "ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença", nem a verdade dos fatos ou as questões prejudiciais.

A decisão que transita em julgado e pela qual o mérito da causa foi resolvido sujeita-se à eficácia denominada de coisa julgada material, pelo que esta decisão se torna indiscutível para as partes que integraram o processo. Além disso, essas partes deverão se submeter ao disposto na decisão, cumprindo seus termos ou sujeitando-se ao procedimento de execução forçada[24].

As reformas do Código de Processo Civil de 1973, promovidas por um conjunto de leis ordinárias nas décadas de 1990 e 2000[25], não modificaram substancialmente a definição de sentença. Houve, sim, alteração do artigo 162, § 1º, que passou a admitir a existência de sentenças que não extinguem o processo. No entanto, o objetivo dessa alteração era admitir a existência de uma nova fase processual, qual seja, o cumprimento de sentença. A decisão judicial por excelência, portanto, não foi substancialmente alterada, mas passou a ser o ato judicial que extingue o processo ou que "encerra a fase de conhecimento"[26]. A sentença, para existir e ser válida, continuava na dependência de relatório, fundamentação e dispositivo.

Ao longo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, uma lição sobre a sentença que foi bem delimitada é a extensão de seus efeitos. O artigo 459 dispõe que o juiz "proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor"[27], o que restringe os limites da decisão. Vê-se, pelos requisitos da sentença, que a decisão judicial é um ato destinado a produzir efeitos única e exclusivamente às partes, que são mencionadas expressamente pela legislação. Nessa ótica, a sentença é uma resposta às partes, pois decide uma questão de fato e de direito e que produz efeitos apenas sobre

17 Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:
I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

18 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1. p.401.

19 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1. p.401.

20 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.1. p.404.

21 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v.2. p.144.

22 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. v.2. p.147.

23 Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.
Art. 469. Não fazem coisa julgada:
I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

24 O trabalho não desconhece a discussão sobre as chamadas decisões estruturais. No entanto, estas formas de decisão não são típicas, embora não sejam ilícitas. Por conta disso, a explicação aqui adotada concentra os esforços na técnica processual de decisão dos casos individuais. Sobre as decisões estruturais, v. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v.225, p.389-410, 2013.

25 Sobre as reformas do Código, ver, dentre outros, DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007; NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. Reforma do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.v.2. p.404.

27 Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.
Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.

aqueles que participaram regularmente da relação jurídica processual.

O objetivo pragmático da decisão judicial também se reflete no artigo 469, I, que afirma que os motivos apresentados pelo magistrado (a fundamentação) não fazem coisa julgada[28]; do mesmo modo, não transita em julgado a verdade dos fatos nem as questões prejudiciais. Vale dizer, em síntese, que a decisão judicial, seja ela uma sentença ou um acórdão, tem valor apenas sobre o caso e sobre as partes que discutiram determinada questão[29]. Não há, na gênese da noção de sentença brasileira, ou da expressão mais geral de decisão judicial, qualquer preocupação com a repercussão deste caso para além da relação jurídica processual.

O novo Código de Processo Civil, em primeira análise, aponta para a preservação do entendimento de que decisão judicial é simples técnica processual. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que as disposições gerais do novo Código, presentes nos artigos 485 a 495, não se referem apenas à sentença, mas a qualquer decisão judicial[30]. Neste sentido, sentença "é gênero"[31]. A sentença como espécie é prevista no artigo 203, § 1º. A sistematização do tema assim empreendida é consonante com o conceito de decisão judicial adotado acima, pois para os autores citados as decisões judiciais examinam uma questão e a resolvem, ou seja, estabelecem consequências jurídicas. À primeira vista, os elementos estruturais básicos da decisão e da sentença continuam intactos, uma vez que o artigo 489 dispõe serem essenciais o relatório, a fundamentação e o dispositivo.

No entanto, o exame pormenorizado do novo Código e sua compreensão como sistema indicam uma conclusão contrária que rompe com a tradição do processualismo clássico.

Não se quer dizer, com isso, que a perspectiva da decisão como técnica processual foi abandonada. Ela existe e está presente não só no novo Código, mas em toda a doutrina e no funcionamento dos tribunais brasileiros. O que ocorre é que essa técnica pode ser vista, hoje, como um elemento do processo que vai mais além da mera atribuição de consequências jurídicas às partes. A doutrina tem notado parte dessa alteração e produzido algumas obras que procuram explicar as novas funcionalidades da decisão judicial, o que faz como parte da análise da fundamentação da sentença. Cabe investigar, por conta disso, o motivo pelo qual a fundamentação das decisões assumiu papel tão relevante na ciência jurídica contemporânea.

São inúmeras as obras, coletivas ou individuais, em que autores voltam as atenções para as novas particularidades da fundamentação da decisão judicial[32]. Evidentemente, parte da justificativa é um interesse na interpretação do direito positivo, especialmente do § 1º do artigo 489, do novo Código de Processo Civil, que define normativamente o que deve ser uma decisão judicial fundamentada. Em outras palavras, o referido dispositivo desdobra o elemento estutural básico da fundamentação e o desvela em outros requisitos parciais. Assim, não se considera fundamentada a decisão que:

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;

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.

Ao exigir que o magistrado fundamente sua decisão, o Código reconhece que ela é o espaço por excelência da "experiência normativa", mas também "da subjetividade do magistrado"[33]. Justamente para compor essas duas faces é que se exige, em primeiro lugar, que o juiz explique a relação de um ato normativo com a questão decidida. Trata-se da demonstração do silogismo, ou melhor, da justificação por dedução

28 Sobre o tema da coisa julgada, ver: TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

29 Não se discute, neste momento, os efeitos das decisões em controle de constitucionalidade concentrado, pela via principal, em que os efeitos da decisão são bastante distintos.

30 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.303.

31 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.303.

32 Ver, por exemplo, RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. O dever de motivação das decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

33 ROMAN BORGES, Guilherme. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.19.

descrita acima, cabível para casos fáceis. Mas o Código não se limita a essa exigência. Esse inciso pode ser aplicado para outras situações: em um problema de pertinência, por exemplo, deverá a decisão ser justificada de modo que o ato normativo se revele compatível com a situação jurídica apreciada pelo Judiciário. O mesmo vale para problemas de prova e de classificação[34].

Diz o artigo 489, § 1º, que o magistrado também deve explicar o motivo concreto da incidência de conceitos jurídicos indeterminados, ao mesmo tempo em que não deve invocar motivos que se prestariam a justificar outra decisão. Como exposto, os conceitos jurídicos indeterminados acabam por configurar um problema de interpretação e devem ser justificados na fundamentação da decisão pela demonstração de sua incidência no caso concreto.

Os incisos V e VI acrescentam uma nova exigência para a fundamentação das decisões: deverão os juízes considerar as decisões passadas, seja na forma de súmulas, seja na de precedentes ou de jurisprudência, embora a explicação do sentido desses artigos deva ser postergada para outro momento do trabalho. Fato é que a análise de decisões passa a constituir pressuposto para a existência de uma decisão jurídica fundamentada.

O que se deve questionar, neste item, é a razão de ser desta regra. Em um primeiro momento, a resposta parece ser simplesmente a de que se trata de um desdobramento da exigência constitucional da fundamentação das decisões, prevista no artigo 93, IX, da Constituição[35]. Tamanha é a preocupação da doutrina com esta relação que se afirma, inclusive, ser a fundamentação essencial para toda decisão, e não apenas para a sentença[36]. Esta é, de fato, uma das faces dessa exigência, mas não esgota a explicação sistemática do Código.

A outra face da exigência tem relação com a proposta de atribuição de efeitos, vinculantes ou persuasivos, às decisões judiciais, em especial aquelas tomadas pelos Tribunais Superiores. Para tanto, a legislação procura instituir a figura dos precedentes e também faz menção à jurisprudência, mas esses dois institutos não são novas técnicas processuais, ou seja, o Código não criou um novo tipo de ato judicial chamado de "precedente". Na verdade, o Código se utiliza da mesma técnica processual da decisão judicial e sobre ela faz incidir novos efeitos. É por esta razão que a decisão é um elemento essencial para a compreensão dos demais institutos do chamado "direito jurisprudencial".

As exigências objetivas de fundamentação, sob este aspecto, não encontram relação com o dever constitucional de fundamentação previsto pela Constituição. Na verdade, a fundamentação que contemple a resposta aos seis incisos previstos no artigo 489, § 1º, do novo Código, procura estabelecer critérios objetivos pelos quais os magistrados desenvolvam a argumentação jurídica e explicitem os critérios de interpretação que pautaram suas decisões. Assim, a exigência de fundamentação está ligada ao exercício da adjudicação e ao reconhecimento da atividade jurisdicional como parte do próprio Direito.

Deste modo, a decisão judicial segue como técnica processual para a decisão de questões incidentais ou finais de um processo. Mas, por outro lado, ela se torna produto e vetor da argumentação jurídica dos tribunais, carregada de efeitos decorrentes da proposta de transformação destas em precedentes. Vale destacar, ainda, que a fundamentação é o elemento essencial pelo qual a argumentação se

---

34 Uma análise de como as provas podem ser trabalhadas na sentença pelo novo CPC pode ser verificado em GIOTTI, Daniel. O dever de motivação em questões de fato e de direito como garantia do jurisdicionado no Novo CPC: breves notas sobre os aportes da teoria do direito para a constitucionalização do processo civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.373-386.

35 Neste sentido, "o novo CPC impõe o cumprimento do que já estava contido no art. 93, IX, da CRFB 1988, no seu art. 489, uma vez que ao analisar o modo como as decisões são (mal) fundamentadas tornou-se imperativa uma perspectiva adequada para a referida cláusula constitucional, inclusive com o respaldo dessa (nova) legislação que promova com efetividade a expansividade e perfectibilidade típicas do modelo constitucional de processo brasileiro." (THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 2.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015. p.301-302).

36 "Fique claro que a garantia não só se dirige à sentença, mas a todo ato decisório do Poder Judiciário, culminando com a própria Constituição, resultando na pecha de nulidade ao seu desrespeito." (SILVA, Beclaute Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Salvador: Juspodivm, 2015. v.2. p.360).

desenvolve, mas o relatório[37] e o dispositivo[38] também receberam alterações, diretas ou não, com relação aos efeitos que produzem.

Vistas desse modo, as decisões judiciais, há muito conhecidas pelo direito brasileiro, são a porta de entrada para o estudo da figura dos precedentes e da jurisprudência. O que se altera, porém, é o ângulo pelo qual elas são elaboradas pelo Judiciário e examinadas pelo jurisdicionado. As decisões, em conceito, ainda são declarações judiciais que determinam consequências jurídicas, mas a concepção brasileira lhes confere muitos acréscimos para permitir sua utilização como produtos do Poder Judiciário dotados de certa autoridade. Para tanto, porém, precisam conter uma argumentação sólida que as legitime e justifique.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo foi o de apresentar uma ideia: a decisão judicial assumiu uma nova roupagem, muito por conta das inovações do Direito e da Jurisdição. Esse instituto, tradicionalmente concebido como um ato judicial que visa resolver um caso individual, não pode manter suas mesmas características quando se verifica que as Cortes devem decidir casos de grande repercussão nos quais a solução proposta pela jurisdição produzirá efeitos sobre toda a população.

Esta alteração já foi compreendida pelo legislativo, que editou o art. 489, do Código de Processo Civil de 2015, com exigências de fundamentação que pretendem extrair da decisão sua racionalidade normativa. Mais do que explicar apenas para as partes porque uma delas teve seu pedido julgado procedente, a decisão que pretende se firmar como precedente depende de bons argumentos para ser considerada, no futuro, pelo próprio Poder Judiciário.

Retome-se, em conclusão, um caso mencionado no início do artigo: se o Supremo Tribunal Federal considerar constitucional o aborto de fetos com microcefalia, deverá apresentar os motivos que levou os ministros a decidir desta forma. Isto será feito, sem qualquer dúvida, por uma decisão judicial. No entanto, essa decisão não produzirá apenas um efeito jurídico material para uma das partes. Ao contrário, ao enfrentar o tema do aborto, a Corte deverá explicar a razão e os fundamentos pelos quais admite a interrupção da gestação para toda a sociedade. A fundamentação dessa decisão certamente passará a integrar o conjunto de valores fundamentais da sociedade brasileira no que diz respeito ao direito à vida.

Decidir, portanto, não é um simples ato de resolver um caso concreto. Tomar uma decisão judicial pode significar, hoje, definir normativamente os caminhos do Estado e os fundamentos pelos quais o jurisdicionado conduzirá suas ações.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: processo de conhecimento. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, p. 389 - 410, 2013.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil: processo de conhecimento. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GIOTTI, Daniel. O dever de motivação em questões de fato e de direito como garantia do jurisdicionado no Novo CPC: breves notas sobre os aportes da teoria do direito para a constitucionalização do processo civil. *In:* MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE,

[37] Ao combinar o conhecimento clássico do relatório com um enfoque contemporâneo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero sustentam que o relatório "é fundamental para fins de cotejo entre os casos decididos e as respectivas soluções dadas pela jurisdição. Bem se compreende, portanto, o destacado papel que tem nos sistemas de *Common Law*. Nessa mesma linha, é fácil perceber igualmente a crescente importância que vem recebendo nos países de tradição romano-canônica realmente preocupados com a segurança jurídica e com a igualdade de todos perante o Direito. Um relatório bem redigido permite a compreensão analógica dos casos, o que é fundamental para adequada aplicação de precedentes e redação de recursos extraordinários e especiais fundados em divergência jurisprudencial." (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. Processo de conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p.144).

[38] Nos casos de controle concentrado de constitucionalidade, o dispositivo possui efeito vinculante, como decorre da interpretação do artigo 102, § 2.º, da Constituição: "As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."

Alexandre. Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p.373 - 386.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. São Paulo: Elsevier, 2010.

JAUERNIG, Othmar. Direito processual civil. Coimbra: Almedina, 2002.

LACERDA, Galeno. Despacho saneador. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile. 4.e d. Milano: Giuffrè, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil: processo de conhecimento. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. Reforma do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. O dever de motivação das decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015.

ROMAN BORGES, Guilherme. Aspectos filosóficos por trás do dever de fundamentação. *In:* VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SILVA, Beclaute Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC. *In:* MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC doutrina selecionada: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 357 - 371.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição, Direito Material e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. Novo CPC: fundamentos e sistematização. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Sentença: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org.). O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LA OBLIGATORIEDAD Y VINCULATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

THE OBLIGATORY AND BINDINGNESS OF CONSTITUTIONAL JUDGMENTS

Yenny Prado Saavedra[1]

Los precedentes constitucionales están sólo en las sentencias relevantes. Se identifican a las sentencias relevantes porque son sentencias fundadoras, moduladoras, que reconducen o cambian una línea jurisprudencial expresamente o tácitamente. En el precedente constitucional se consignan: 'las subreglas de Derecho', 'normas adscritas' o 'concreta norma de la sentencia', resultantes de la interpretación, interrelación o integración de las normas de la Constitución Política del Estado o de las disposiciones legales. Estas tienen más jerarquía y fuerza jurídica que las propias leyes, porque el Tribunal Constitucional es el último aplicador del Derecho. El profesor Cifuentes, señaló que la subregla, "Es el corazón de la decisión, de la cosa decidida".

Palavras-chave: Sentencias Constitucionales; Obligatoriedad; Vinculatoriedad.

[1] Ex Juez de Instrucción en lo Penal de la Ciudad del Alto.

The constitutional precedents are only in the relevant sentences. Relevant judgments are identified because they are founding, modulating judgments that redirect or change a line of jurisprudence expressly or tacitly. In the constitutional precedent, the following are consigned: 'the sub-rules of Law', 'assigned norms' or 'specific rule of the sentence', resulting from the interpretation, interrelation or integration of the norms of the Political Constitution of the State or of the legal provisions. These have more hierarchy and legal force than the laws themselves, because the Constitutional Court is the ultimate applicator of Law. Professor Cifuentes pointed out that the sub-rule, "It is the heart of the decision, of the thing decided."

Keywords: Constitutional Judgments; Mandatory; Binding.

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En Bolivia tenemos el código procesal constitucional LEY 254 desde julio del año 2012, el que, en su Art. 15 estableció lo siguiente: "[...] las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional [...]", cntinuando con dicho articulado se tiene el parágrafo II que estipula lo siguiente:

> Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tiene carácter vinculante para los órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares,

A su vez la ley del Tribunal Constitucional LEY 027 en su Art. 8 estableció lo siguiente: (OBLIGATORIEDAD Y VINCULATORIEDAD) "Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y obligatorio y contra ellas no cabe recurso ulterior [...]", por su parte ya la C.P.E. del año 2009 habría establecido: "las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio y contra ellas no cabe recurso ulterior alguno".

En los primeros años de la ley del Tribunal Constitucional se comenzó a hacer un uso reiterado de las sentencias constitucionales y se citaba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional utilizando algunos párrafos y los números de las sentencia, sin que se tenga conocimiento de que es lo que dicen argumentando el iura novit curia, por ello fue imperante que se dieran reglas para la utilización del precedente, limitando de esta forma su uso desordenado y a la voluntad de los profesionales que las citaban, es así que surge la SC 2548/2012 de fecha 21 de diciembre que estableció que era imperante unificar los precedentes, pues de ello dependía la efectividad del principio de seguridad jurídica, debido a que tanto la Doctrina Legal Aplicable del Tribunal Supremo de justicia, como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional Plurinacional, son verdaderas fuentes del derecho contemporáneo; así, no le está permitido a la autoridad judicial inferior, resolver un problema jurídico de presupuestos análogos, en forma diferente a la abordada por estos altos tribunales de justicia:

> la Constitución Política del Estado asigna a los máximos tribunales de justicia de la pluralidad de jurisdicciones, como son el Tribunal Supremo de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Agroambiental, máximo tribunal especializado de la jurisdicción agroambiental, la función obligatoria de uniformar la jurisprudencia dentro de cada una de sus jurisdicciones. Ocurriendo similar situación en el caso de la Justicia Constitucional, cuyo máximo tribunal es el Tribunal Constitucional Plurinacional. Información jurisprudencial que adquiere especial relevancia constitucional porque otorga a quienes concurren a cualesquiera de las jurisdicciones la convicción que la solución de problemas jurídicos con supuestos fácticos análogos a los que se presentaron anteriormente tendrán la misma ratio deciden di y serán resueltos de la misma manera, defendiendo con ello el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley en su doble dimensión, esto es, como derecho fundamental del justiciable (art. 14.II de la CPE), como principio de la potestad de impartir justicia (art. 180.I de la CPE) y la defensa del principio de seguridad jurídica (art. 178.I), normas constitucionales principios que se constituyen en la base principista que otorga obligatoriedad a la función de unificación jurisprudencial de los máximos tribunales de justicia

La función obligatoria de uniformar la jurisprudencia por el Tribunal Supremo de Justicia La Ley del Órgano Judicial -Ley 025 de 24 de junio de 2010-, establece cuál es la instancia a quien le corresponde, por razones funcionales, la tarea de uniformar la jurisprudencia en la jurisdicción ordinaria. En efecto, el art. 38.9 referido a las atribuciones de la Sala Plena, señala: "La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia tiene las siguientes atribuciones: [...] Sentar y uniformar la jurisprudencia". En el mismo sentido, el art. 42, enlistando las atribuciones de las Salas Especializadas, el numeral 3, estipula:

> Las Salas Especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, tienen las siguientes atribuciones: (...) Sentar y uniformar la jurisprudencia". De ahí que, las diversas áreas del derecho que conoce el Tribunal Supremo de Justicia son susceptibles de uniformidad vía recurso de casación. En efecto, el recurso de casación se constituye en el instrumento a través del cual este órgano jurisdiccional debe cumplir con la función de uniformar la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria desde y conforme a la Constitución. En este sentido se pronunció la SC 1468/2004-R de 14 de septiembre, citada por la SC 0819/2006-R de 22 de agosto, señalando: [...] "...la casación es un recurso extraordinario y excepcional que tiene una doble función, de un lado, la de unificar la jurisprudencia nacional; y, del otro, la de proveer la realización del derecho objetivo, función que en la doctrina se ha denominado nomofiláctica o de protección de la ley. Dada su naturaleza jurídica, así como sus raíces históricas, la casación no es una instancia adicional del proceso, sino un recurso extraordinario que tiene por objeto el enjuiciamiento de la sentencia, y no del caso concreto que le dio origen; de ahí que, tanto la doctrina cuanto la legislación, le reconocen un carácter excepcional a este recurso, toda vez que, en primer lugar, no procede contra toda sentencia sino sólo contra aquellas que el legislador expresamente señala en la Ley; y, en segundo

> lugar, porque su fin principal es la unificación de la jurisprudencia nacional y no propiamente la composición del litigio, es decir, la dilucidación de los hechos objeto del litigio, sino que el Tribunal de casación ponga correctivos a la diversidad de las interpretaciones del derecho realizadas por los distintos jueces o tribunales de instancia, así como a las transgresiones en que éstos puedan incurrir contra la legislación [...].

Sin embargo, ello no implica que los asuntos que no son susceptibles de casación, carezcan de una instancia que unifique los criterios de conformidad con los cuales debe interpretarse la normatividad desde y conforme a la Constitución. En estos supuestos - aunque no lo diga expresamente la norma (Ley del Órgano Judicial) - el deber de uniformidad jurisprudencial debe ser asumido funcionalmente por los tribunales superiores, esto es, los Tribunales Departamentales de Justicia en respeto a la igualdad en la aplicación de la ley en su doble dimensión, esto es, como derecho fundamental del justiciable (art. 14.II de la CPE) y como principio de la potestad de impartir justicia (art. 180.I de la CPE) y la defensa del principio de seguridad jurídica (art. 178.I de la CPE).

Al existir un sistema de control jerárquico del fallo judicial, la vinculación vertical del precedente determina que los jueces inferiores están supeditados a la interpretación legal, efectuada por la instancia unificadora del precedente; para el caso, el Tribunal Supremo de Justicia unifica el precedente para los jueces inferiores y en casos que no son objeto de casación, son las Salas Penales, quienes asumen el rol de establecer un criterio unificador de interpretación legal.

Lo que no implica que, los Jueces de Instrucción (que son los jueces inferiores o de Sentencia) no tengan potestad o autonomía interpretativa de la legalidad ordinaria, al contrario, solo se puede materializar el derecho a partir de una interpretación de la ley y la misma es practicada por los jueces de primera instancia, empero debemos entender que ésta, sería una potestad reglada, es decir que encuentra limites en el precedente vinculante establecido como función unificadora por los máximos tribunales de justicia.

Los fallos de los tribunales deben guardar una "coherencia global", es decir que los razonamientos deben ser entendidos como un 'todo" que unifica el criterio judicial; así las salas especializadas del Tribunal Supremo de Justicia están atadas a sus propios razonamientos anteriores y a los de las otras salas que trabajan sobre una misma área del derecho. A partir de esta norma de disciplina procesal, los tribunales superiores que expiden jurisprudencia vinculante, deben mantener un criterio coherente con el antecedente histórico de su razonamiento; sin embargo, ello no puede entenderse como un estancamiento en el curso evolutivo de la jurisprudencia.

Bajo la perspectiva de la sentencia supra citada se tienen dos tipos de vinculación:

> a) La vinculación vertical del precedente judicial. Esta vinculación implica que los jueces de la jurisdicción ordinaria se encuentran vinculados al momento de asumir sus decisiones por la jurisprudencia, que para el caso concreto análogo, ha dictado el órgano unificador, que en el caso de la jurisdicción ordinaria es el Tribunal Supremo de Justicia y en los asuntos que no son susceptibles de casación, quienes se encargan de dictar la pauta hermenéutica o interpretativa uniformada en materia judicial son los Tribunales Departamentales de Justicia. [...] b) La vinculación horizontal del precedente judicial. Esta vinculación, significa que las jurisprudencias emitidas por las diferentes Salas del Tribunal Supremo de Justicia están atadas a sus propias decisiones anteriores y de las otras Salas en la respectiva área del derecho. Es decir, por ejemplo, la Sala Civil Primera está sometida al precedente judicial de su propia Sala, pero también de la Sala Civil Segunda del mismo Tribunal Supremo de Justicia.

Por lo que, la concreción del art. 42.3 de la LOJ, que señala que las Salas Especializadas del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo a las materias de su competencia, tienen las siguientes atribuciones:

> Sentar y uniformar la jurisprudencia", será por los mecanismos funcionales para uniformizar la jurisprudencia en casos de criterios contradictorios o dispares. En ese orden, si bien le está permitido apartarse de sus propios precedentes al Tribunal Supremo de Justicia; es decir, no sujetarse a los mismos, del mismo modo que en el supuesto anterior, es exigible un mínimo de fundamentación. Ello significa que pueden hacerlo a través de resolución fundamentada que contenga al menos estos elementos: i) Consideración, cita expresa del contenido interpretativo asumido por el Tribunal Supremo de Justicia; ii) El entendimiento o subroga asumidos en los casos anteriores no es aplicable al supuesto bajo estudio o caso concreto que se analiza; y, iii) Expresión de argumentos que respeten elementos básicos de la racionalidad y razonabilidad para separarse del precedente judicial, que se consideren de mayor peso argumentativo desde y conforme a la Constitución y al bloque de constitucionalidad, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hubieren pronunciado jurisprudencia más progresiva a los derechos fundamentales.

Y continuando con la sentencia indicada líneas arriba se tiene que esta ha establecido las diferencias entre lo que es vinculante de una sentencia constitucional, ya que inicialmente habría surgido la

incógnita y era motivo de discusión, que era lo vinculante en un Sentencia, las ratios deciden di o el precedente, de lo que dicha sentencia concluyo con lo siguiente:

> En efecto, si nos preguntamos ¿qué parte de las resoluciones constitucionales es vinculante?, no podríamos concluir simple y llanamente que es la ratio deciden di, debido a que todas lasresoluciones tienen una o varias razones jurídicas de la decisión, empero, no todas crean Derecho, Derecho de origen jurisprudencial, a través de la interpretación, integración e interrelación de las normas. Por ello, que existe diferencia entre ratio deciden di y precedente constitucional. Entonces, se puede llamar precedente constitucional vinculante cuando éste es el fruto, el resultado de la interpretación y argumentación jurídica realizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Como ocurrió en las siguientes resoluciones:

> La interpretación de una norma jurídica Declaración Constitucional 003/2005-R de 8 de junio, (interpretación del art. 118.5 CPE); SC 0101/2004-R, interpretación del art. 133 y de la Disposición Transitoria Tercera del Código de Procedimiento Penal. La integración SC 1351/2003-R de 16 de septiembre, e interrelación, SC 0421/2007-R de 22 de mayo, de las normas jurídicas. Por lo que, el precedente constitucional es una parte de toda la Sentencia emitida por el Tribunal o Corte Constitucional, donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explicita qué es aquello que la Constitución Política del Estado prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y generales cláusulas. Entonces, es posible afirmar que es vinculante el precedente constitucional contenido en la ratio deciden di. Es decir, en la ratio deciden di se encuentra el precedente constitucional. El precedente constitucional es vinculante siempre que exista un supuesto fáctico análogo (AC 004/2005-ECA y SC 186/2005-R).

El AC 004/2005-ECA estableció lo siguiente:

> Con carácter previo al análisis del fondo de la solicitud que antecede, resulta necesario efectuar algunas precisiones respecto al efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional prevista por el art. 44.I de la LTC. Al efecto, cabe señalar que el carácter vinculante de las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional, significa que la doctrina constitucional creada, así como las sub-reglas extraídas de las normas implícitas de la Constitución, contenidas en las Sentencias Constitucionales, tienen que ser aplicadas obligatoriamente por el resto de los órganos del poder público, por lo mismo, por los jueces y tribunales que forman parte del poder judicial, en la resolución de todos los casos que presenten supuestos fácticos análogos.

En consecuencia, la aplicación del principio de vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional

> [...] está sujeta a la regla de la analogia, vale decir que los supuestos fácticos de la problemática resuelta mediante la sentencia constitucional en la que se crea la jurisprudencia sean análogos a los supuestos fácticos de la problemática a resolverse mediante la sentencia en la que se aplicará la jurisprudencia o el precedente obligatorio, desde otra perspectiva, cuando no existe la concurrencia de la analogía entre los supuestos fácticos no puede exigirse la aplicación de la jurisprudencia o el precedente obligatorio. De otro lado, corresponde también aclarar que la jurisprudencia con efecto vinculante es la que contiene la ratio deciden di de la sentencia constitucional, es decir, aquellas partes que consignan los fundamentos jurídicos que guarden una unidad de sentido con la parte resolutiva, de tal forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquella, es la parte en la que se consigna la doctrina y las sub reglas que se constituyen en precedente obligatorio; más el obiter dictum, es decir, aquellas reflexiones o pasajes contenidos en la parte motiva de la sentencia, expuestos por el Tribunal Constitucional por una abundancia argumentativa propia de la naturaleza jurídica del control de constitucionalidad, no tienen efecto vinculante, de manera que para exigir la aplicación obligatoria de un precedente debe tenerse el cuidado de identificar que se trata de la *ratio deciden di.*

De lo que se concluye entonces ¿Qué es el precedente constitucional vinculante? Para responder a esta cuestionarte, es preciso redundar en que: No es el texto íntegro de la sentencia, no es sólo la parte resolutiva de la sentencia (decisor), no es el obiter dictam, no es toda la ratio deciden di.

> [...] Los precedentes constitucionales están sólo en las sentencias relevantes. Se identifican a las sentencias relevantes porque son sentencias fundadoras, moduladoras, que reconducen o cambian una línea jurisprudencial expresamente o tácitamente. En el precedente constitucional se consignan: 'las subreglas de Derecho', 'normas adscritas' o 'concreta norma de la sentencia', resultantes de la interpretación, interrelación o integración de las normas de la Constitución Política del Estado o de las disposiciones legales. Estas tienen más jerarquía y fuerza jurídica que las propias leyes, porque el Tribunal Constitucional es el último aplicador del Derecho.

El profesor Cifuentes, señaló que la subregla, "Es el corazón de la decisión, de la cosa decidida".

REFERÊNCIAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Indices Jurisprudenciales. Disponível em: https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/Ficha/10920. Acesso em: 23 ago. 2022.

PORQUE É NECESSÁRIO TER UM TRIBUNAL LATINO-AMERICANO DE JUSTIÇA AMBIENTAL: UMA PROPOSTA DE ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL TRANSNACIONAL

WHY IT IS NECESSARY TO HAVE A LATIN AMERICAN COURT OF ENVIRONMENTAL JUSTICE: A PROPOSAL FOR THE STRUCTURE AND FUNCTIONING OF THE TRANSNATIONAL COURT

Rachel Lopes Queiroz Chacur[1]

O artigo trata da necessidade da criação do Tribunal Latino-Americano de Justiça ambiental. O objetivo central é apresentar a estrutura e funcionamento do tribunal transnacional. A temática é atualíssima vislumbra a discussão acerca de resoluções de relações conflitivas ambientais, perante o Poder Judiciário brasileiro, em cooperação com os tribunais dos países das zonas transfronteiriças. Em que pese as teorias constitucionais, internacionais e processuais civil e penal da rigidez e observância da Soberania estatal e limitação da segurança jurídica das relações e decisões judiciais de cada tribunal, restam situações de interesses mútuos conflitivos necessários de cooperação internacional de

[1] Doutora em Ciências Ambientais, Mestre em Direito Processual Civil e Advogada. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4196133005019594. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-4645-955X.

julgamento e resoluções de conflitos. A proposta prevê a estrutura e funcionamento de modelos de estruturas e funcionamento de tribunal latino-americano de Justiça Ambiental definindo a prioridade de tomada de decisões colegiadas delegadas pelos tribunais de origem, pelos membros de países envolvidos na lide. A ideia da adoção de um modelo descentralizado prévio de soluções conflitivas ambientais pelas câmaras dos tribunais precisa de formalizações estabelecendo os limites de atuação, estruturas e funcionamento mediante pactos e acordos, para, enfim avançar com a propositiva de políticas públicas locais e transnacionais, definindo a competência jurisdicional, para a formalização do início deste novo projeto. A pertinência e relevância da iniciativa é latente pela temática e pelo provável auferimento das efetividades de soluções dos conflitos ambientais transnacionais.

Palavras-Chave: Tribunal; Justiça Ambiental; Transnacional.

The article deals with the need to create the Latin American Court of Environmental Justice. The main objective is to present the structure and functioning of the transnational court. The theme is very current, and it envisions the discussion about resolutions of conflicting environmental relations, before the Brazilian Judiciary, in cooperation with the courts of countries in cross-border zones. In spite of the constitutional, international and civil and criminal procedural theory of the rigidity and observance of State Sovereignty and the limitation of the legal security of the judicial relationships and decisions of each court, there are still situations of conflicting mutual interests necessary for international cooperation in judgment and conflict resolutions. The proposal provides for the structure and functioning of models of structures and functioning of the Latin American Court of Environmental Justice, defining the priority of taking collegiate decisions delegated by the courts of origin, by the members of the countries involved in the dispute. The idea of adopting a decentralized model prior to environmental conflict solutions by the chambers of the courts needs formalizations establishing the limits of action, structures and functioning through pacts and agreements, in order, finally, to advance with the proposition of local and transnational public policies, defining the jurisdiction, for the formalization of the beginning of this new project. The pertinence and relevance of the initiative is latent by the theme and by the probable achievement of the effectiveness of solutions of transnational environmental conflicts.

Keywords: Court; Environmental Justice; transnational.

1 A CIÊNCIA AMBIENTAL E O DEVER-SER DOS SUJEITOS TITULARES DOS DIREITOS HUMANOS

Ao tratar da evolução da Ciência é oportuno esclarecer sinteticamente os avanços de conceitos das fases escolásticas pré-socrática, Ciência Moderna e a Ciência Contemporânea, atingindo as múltiplas áreas e os variáveis ramos científicos no Brasil e no mundo.

A primeira ideia dos estudos científicos na fase da Ciência Moderna estabelece a regra absoluta da separação do objeto da pesquisa com o sujeito esgotando a compressão do objeto de pesquisa pela métrica e estudos controlados, como forma de conferir a validade científica do ensaio ou estudo, sob as determinadas hipóteses de interesses da comunidade acadêmica.

É importante o desenvolvimento dos modelos científicos embasados nas metodologias e no conhecimento do estado da arte de uma determinada área ou ramo da Ciência, porém, esse formato revelava uma possibilidade de dominação pelo poder e interesses sob o provado, pois, somente comprovava a validade do comando pré-definido, desconsiderando toda e qualquer interferência externa e subjetividade ou fenômenos causados, durante os experimentos e desenvolvimento dos estudos.

A partir dos fundamentos da Ciência Contemporânea o estudo do objeto de pesquisa correlaciona-se com o sujeito trazendo a experimentação dos fenômenos, fatos, relatos, experiências e análises do objeto em si e dos próprios efeitos externos resultantes do sentido da prova científica, validando uma interpretação complexa de causas e efeitos da situação e hipóteses aventadas, levando a uma entendimento de mutação da gênese contínua da relação dialógica da unidade e complexidade dos sistemas e sujeitos.

Esse viés ideológico da Ciência traz à tona a concepção dos sistemas complexos e a necessidade do entendimento e pertencimento do sujeito enquanto único dentro de um meio ambiente totalmente complexo e variado na sociedade globalizada.

Aqui está a contribuição do caráter interdisciplinar e multidisciplinar das Ciências, em especial as Ciências Ambientais, a qual aborda essas várias concepções em sentido diametral e complementar de conhecimentos específicos dos vários ramos científicos, com o objetivo de dar sentido a existência do sujeito, ao contexto de vivência e aos fins estabelecidos do bem jurídico, definindo como direito fundamental dos sujeitos, aposto no sistema do ordenamento constitucional brasileiro e nos pactos e tratados internacionais diversos de várias cortes e organizações mundiais.

A partir da expressão obrigatória do bem jurídico da vida digna e saudável como um Direito Humano estabelecem-se as garantias do Direito Fundamental do Homem. O homem é o elemento central pertencente ao todo e complexo meio ambiente protegido e equilibrado do ecossistema.

A expressão ônus do Direito Fundamental propositalmente aposta no texto, como um dever-ser de todos os sujeitos e instituições da sociedade brasileira, em cumprimento de dever e contrapartidas econômicas, políticas e sociais, além da genuína característica do dever de proteção do direito de dignificada conferida pelo Estado, o que subjaz o objeto perquirido e permeia a proteção da Dignidade do Homem (ESPINOSA, 1967; FERREIRA, 1997).

É inconteste que é possível conduzir uma compreensão dos cidadãos do pertencimento ao meio ambiente e o entendimento sobre os seus direitos, para que, ele vislumbre as existentes demandas, mediante a complementariedade do positivado e o posto no campo dos fatos da seara ambiental.

Nesta rede complexa do fenômeno consequência- causal estabelecem o entendimento de que as questões ambientais estão atreladas aos fatos e quando existentes devem ser tratados proporcionalmente inversa aos ajustes nas normativas da lei. (MORIN, 2000; LEFEBVRE, 2001; PIPES, 2001; OLIVEIRA, 2002; PEREIRA, 2004; GROSSI, 2006).

2 OS TRATADOS E PACTOS E OS DOCUMENTOS DE DIREITOS HUMANOS EM UM NOVO TEMPO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS

A compreensão do Meio Ambiente como um Direito Humano firma inúmeros documentos registrados, como a Declaração de Direitos do Homem (1789). Consequentemente, a sua importância aposto em outros documentos, como na Declaração dos Direitos da Mulher (1793), na Carta das Nações Unidas (1945), na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), na Agenda 21 (1992), na Carta de Terra (2000) e nas agendas, influenciando as elaborações dos textos das constituições de vários países, os Pactos e Tratados Internacionais (CANOTILHO, 2002; CARRERES, 2005; CUNHA, 1988; CUNHA, 1997).

É importante a ressalva do desta que do teor da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paria, em 10 de dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos . Decorreu da Declaração Universal de Direito Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formando a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

No âmbito nacional e internacional todas as declarações e legislações preveem a garantia de direitos universais a mínima existência do homem, em sociedades, respaldadas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Dentre outros documentos, relatórios e declarações expressamente consignados todos os Direitos Fundamentais, a qual prevê que os Estados signatários do presente acordo devem garantir "o direito à moradia a toda pessoa a um nível de vida adequado, para si e toda a família, inclusive com alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de condições de vida." (FRANÇA, p. 2007 - 290; CUNHA, 2014).

Ao tratar da teoria do Direito Fundamental da Dignidade da Pessoa humana mantém-se uma dupla visão ao tratar da existência central do ser humano e o seu contato com o meio ambiente (CUNHA, 2011; OLIVEIRA, 2017; CHACUR, 2020).

O entendimento da visão monista definiu o fluxo do homem com o meio ambiente mantendo-o como eixo das interações sistêmicas, julgando o seu pertencimento à natureza, como condição de existência da humanidade. Enquanto, a visão dualista colocou o homem e sua dignidade afeita somente ao caráter de autonomia individual remanescendo o ciclo vital e interativo da ação humana e o meio ambiente; ambas envolvendo os interesses subjetivos e coletivos do meio ambiente (COMPARATO, 2004).

Essa concepção monista, em paralelo, no ato de institucionalização dos direitos sociais amparava as formas de tutela do objeto de direito, no sentido lato-sensu, disciplinando as situações subjetivas pessoais ou grupais, com efeito imediato e de caráter concreto, com o objetivo crucial de entregá-lo aos sujeitos de direitos envolvidos nas relações conflitivas, assim, a concepção valorativa da norma jurídica constitucional impregna a definição de direitos, os seus requisitos e sua titularidade, a sua imperatividade e a sua auto exigibilidade, embasada no caráter multifuncional dos recursos e fontes do meio ambiente (CHACUR, 2012).

Nos dias atuais, a concepção principiológica normativa no ordenamento jurídico recai em um avanço científico, em caráter interdisciplinar e multidisciplinar, com o propósito de revelar uma nova visão sistêmica e aplicada de solução de problemas das grandes áreas das Ciências (MOREIRA, 2020).

Cumpre o papel da dogmática, conceber esses critérios exigidos de cientificidade multivariada de assuntos e interesses pautados nas normas infraconstitucionais, na mira de aprimorar a nova hermenêutica jurídica e legislativa voltada a aplicabilidade de instrumentos descritos previamente adotados, em modelos variados de procedimentos, para a consecução dos fins e objetivos da norma jurídica, em cumprimento da justiça social ambiental (MARQUES, 2011).

Diante disso, o corolário da proteção dos direitos constitucionais eleva o patamar da acepção do verbo transitivo direto de obrigar alguém ao cumprimento dos direitos expressamente ditos no texto constitucional, conferindo-lhe aplicabilidade em caráter imediato e auto exigível, independente de provocação de demanda ou conflitos, para obtenção da tutela e entrega do direito (CANOTILHO, 2007).

Todavia, essa proteção de tutela de direitos finda em um mero jargão metajurídicio de alcance do bem da vida, maximizando as garantias constitucionais de se ter direitos envoltos aos direitos fundamentais do homem e minimizando a efetiva entrega do objeto tutelado, como bem garantido na Constituição Federal (BOBBIO, 1992).

A indagação concernente a criação do Tribunal Internacional Ambiental da América Latina e do Caribe é justamente a observância das regras de competências e funções da Corte Interamericana (CIDH) o qual é um órgão judicial autônomo que tem sede em San José, Costa Rica, cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos, compondo o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Outra questão é a adoção de um Tribunal Regional ou local confronta as competências internacionais dos órgãos judiciais e consultivos, como a Organização das Nações Unidas (ONU). Essa correspondência de cortes e organismos de proteção de Direitos Humanos expressam a necessidade de estratégias e planos de mobilidade e trabalhos locais pelos países signatários, à começar pelos países de blocos ou regiões definidas pelos espaços geográficos e geopolíticos dos continentes (CUNHA, 2011, 2013, 2014).

O rumo da constitucionalização dos Direitos Fundamentais sob o patamar de Direitos Humanos propiciou a mutação da gênese de hermenêutica do direito nacional e internacional, e, por conseguinte, colabora com a nova visão holística das Ciências ambientais e do Direito Ambiental, sob a égide da fundamentação da ética ambiental da existência do Homem, do seu pertencimento aos espaços e a sua titularidade de demandas de proteção ao meio ambiente, principalmente, de sua participação democrática dos espaços de tomada de decisão nas cortes judiciais.

Acrescenta o texto constitucional o reforço da aplicabilidade imediata do preceito constitucional do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. E, se necessário, em caráter secundário, subsidiário e supletivo, confere aos titulares de direitos a proteção dessas garantias constitucionais de submissão de suas demandas e seus conflitos fundiários, por direitos à apreciação de terceiro imparcial, em sede extra ou judicial, com o objetivo de resolução da possível omissão estatal, como vetor desta justiça ambiental (CHACUR, 2002).

Essa interpretação sistêmica e complexa da capilaridade do sistema jurídico constitucional brasileiro deveria ser o comando normativo automático da entrega do bem jurídico da vida a qualquer cidadão, em um meio ambiente equilibrado e sadio.

O colapso dos sistemas econômicos e sociais solicita uma reinventada interpretação hermenêutica e aplicada do regramento normativo-jurídico (CUNHA, 2015).

Apesar de críticas irrefutáveis a rigidez do positivismo até hoje as instâncias decisórias utilizam-se de interpretação da lei e hermenêutica jurídica com viés positivado, distante das exigências das demandas advindas do dinamismo da convivência dos sujeitos, considerando seus espaços, interesses e direitos nas comunidades. A concepção de cada Direito Fundamental deve ser aplicada além de definições pré-textuais de lei e dogmáticas do Direito, assim deve tratar o conteúdo expresso normativo, em seu caráter obrigacional, em todas as suas dimensões econômica, jurídica e social, com implicações nos variados setores da sociedade brasileira (SILVA, 1998; ALEXY, 2001; CHIARELLO, 2019).

É preciso rever a corrente do jusnaturalismo aproximando os fatos às normas do ordenamento jurídico, para que, o Estado confira o direito de segurança jurídica das complexas relações em sociedade. De tal modo que ao enfrentar as rupturas necessárias de dogmas e métodos denominadas atualmente de batalha dos métodos, haja a superação desta etapa de embates teóricos, por meio do uso de novas estruturas, órgãos e metodologias de tratativas e um gerenciamento de conflitos ambientais, no sistema normativo e legal, no campo dos fatos, Brasil e no mundo.

Para tanto, a sugestão de um novo conceito de conflitos sob o viés de um novo paradigma fenomenológico-consequencial dos Direitos fundamentais, com o entendimento do pertencimento do homem a seu espaço e meio ambiente, com autonomia de tomada de decisão e controle dos ajustáveis e regulados eixos sistêmicos econômico, jurídico, fiscal e social, para o cumprimento das obrigações afeitas ao objeto demandado, a efetividade da entrega do bem jurídico e o custo benefício do desenvolvimento sustentável do meio ambiente, em favor do bem comum de todas as gerações.

A existência de ação e política governamental de cumprimento das diretrizes nacionais e internacionais de desenvolvimento sustentável corroboram com o duplo conceito cooperativo de autonomia de Soberania e prevalência do Estado, para com o sentido do Estado-Nação pertencente a uma comunidade internacional. Assim, a criação de uma nova estrutura de um Tribunal Internacional Ambiental da América Latina e Caribe colabora com a governança interfederativa de ordem interna e externa, no modo centralizado ou descentralizado, trazendo uma nova regra de funcionamento institucional de resolução de conflitos ambientais (SODERO, 1982; SILVA, 2007; CUNHA, 2015; CHACUR, 2020).

Este sentido de Jurisdição ambiental confere o cumprimento dos objetivos firmados em pactos e tratados, e possibilidade um amplo acesso ao Tribunal Internacional Ambiental da América Latina e Caribe (CUNHA, 1997, 2011, 2014, 2015, 2017).

Alguns pontos controvertidos e exigências metodológicas são levantados sobre a criação do Tribunal da América Latina e Caribe, como demonstra o quadro abaixo:

TEMAS DE DIALOGO EN EL CONGRESO INTERNACIONAL, SOBRE TRIBUNAL DE JUSTICIA AMBIENTAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Nº	IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	PROPUESTA DE SOLUCIÓN	METODOLOGIA
1	Graves conflictos socio ambientales de carácter trasnacional, que perjudican la salud y la vida	Impulsar y Fortalecer el Derecho y la Justicia Ambiental Internacional en América Latina y el Caribe .	Constitución de un Comité Organizador conformado por los países de América Latina y el Caribe, que suscribieron el Acuerdo de Escazú
2	Necesidad urgente de Tutela Judicial Efectiva en el ambito del Derecho Ambiental internacional	Constitución del Tribunal de Justicia Ambiental de América Latina y el Caribe	Acuerdo Internacional entre los países de América Latina y el Caribe.
3	Antedecedente Históricos del Tribunal	Corte Centro Americana de Justicia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Penal Internacional	Similar procedimiento de constitucion de dichos organismo internacionales.
4	Antecedentes Normativos .	a. Conferencia de Estocolmo 1972 b. Rio 1992 c. Rio+20, P d. Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, e. Acuerdo Regional de Escazú, de 4 de marzo de 2018 f. Todos los instrumentos jurídicos vinculantes sobre derechos humanos y medio ambiente, en el marco de las referidas declaraciones	Impulsar un Constitución Ambiental de América Latina y del Caribe.
5	Críticas a vencer.	Supuesta pérdida de soberania ambiental de las Naciones. Altos costo económicos del Tribunal .	Convencer que los países ganan en soberanía y en protección ambiental. Bajo costo por uso de las nuevas tecnologías.

Essas demandas ambientais iminentes e urgentes de caráter nacional e transnacional pressupõe a identificação de problemas, no hall legislativo e trabalho de análise hermenêutica, para promover novas metodologias de solução de conflitos existentes, em favor do equilibrio do ecossistema, qualidade de vida e proteção do bem comum e da vida, favorecendo a pacificação (CUNHA, 2011; CHACUR, 2017; CHACUR, 2020).

A necessidade preexistente formulada em documentos e pactos internacionais como a Conferência de Estocolmo de 1972, Declaração de Paris de 1972, Tratado de Maastricht ou Tratado Europeu de 1992, a Declaração do Rio 1992 e Rio +20, o Princípio 10 da Declaração do Rio de 1992, a Declaração de Escazú de 2018, o Pacto de Letícia de 2020 e todos os documentos pertinentes a proteção do meio ambiente e seus instrumentos de soluções de conflitos ambientais propulsionando a exigência de autoexecutoriedade dos instrumentos de proteção de garantias ambientais constitucionais no Brasil e a

serem verificados e discutidos nas constituições nacionais respectivas de cada Estado-Nação.

O entendimento de autonomia e soberania das nações pertencentes ao tribunal, apenas com a mera liberalibidade de participação, para beneficiar a proteção ambiental dos países em zonas contíguas ou com interesses mútuos na América Latina e Caribe (CUNHA, 2004; CUNHA, 2011).

Com o advento do Pacto internacional da América Latina e Caribe e cumprimento de suas diretrizes e metas coadunads as metas e prazos da Agenda 30 e determinações das Nações Unidas (ONU) inicia-se um novo tempo.

Diante do exposto, restam as iniciais formulações de justifificativas, fins e objetivos, e, composição e funcionamento do Tribunal Latino-Americano de Justiça Ambiental estabelecido a partir de indagações dos pares e irmãos dos países fronteiriços.

3 POR QUE É NECESSÁRIO TER UM TRIBUNAL LATINO-AMERICANO DE JUSTIÇA AMBIENTAL?

O cenário caótico de problemas ambientais nacionais e internacionais revela a urgência de reflexões e propostas do programa e plano das estruturas e funções deste Tribunal Ambiental da América Latina e Caribe.

Com esforço a criação do Tribunal Latino-Americano de Justiça Ambiental confere o cumprimento da Agenda 30 pelo Brasil, em especial, ao adotar medidas de redução de desigualdades e a vivência em espaços sadios, em um meio ambiente equilibrado e sustentável, justificando a urgência de políticas públicas nacionais e internacionais propositivas de estruturas de solução das demandas ambientais no Brasil e na América Latina.

Os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM) foram estabelecidos pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em 2000, com as metas estipuladas à serem atingidas até 2015, sob os seguintes eixos temáticos: 1) acabar com a fome e a miséria; 2) educação básica de qualidade para todos; 3) igualdade entre os sexos e valorização da mulher; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a saúde das gestantes; 6) combater a aids, a malária e outras doenças; 7) qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; 8) toda a sociedade global trabalhando pelo desenvolvimento sustentável do planeta.

Em conjunto, tratam os objetivos de desenvolvimento social (ODS) elaborados em 2015 com prazo de efetivação até o ano de 2030 estabelecem os eixos de atuação de erradicação da pobreza; fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; energia limpa e acessível; trabalho decente e crescimento econômico; indústria e inovação tecnológica em infraestrutura; cidades e comunidades sustentáveis; consumo e produção responsáveis; ação contra a mudança climática global; vida na água; vida terrestre; paz, justiça e instituições eficazes, parcerias e meios de implantação.

Os fundamentos e objetivos da Agenda 30 comporta um plano de ações de pessoas e sociedades buscando o cumprimento de 17 objetivos envolvidos as temáticas da erradicação da pobreza, segurança alimentar e agricultura, saúde, educação, igualdade de gênero, água e saneamento, energia, crescimento econômico sustentável, infraestrutura, redução das desigualdades e desenvolvimento sustentável das cidades, como metas de desenvolvimento em todos os eixos do sistema da sociedade, em busca do fortalecimento do equilíbrio ambiental e social e da paz universal da humanidade no planeta.

Entretanto, este pacto global estabelece metas e prazos de cumprimento destes objetivos em benefício do desenvolvimento sustentável das cidades e de todo o planeta, com o auxílio da Agenda 21 permitindo a integração das demandas e setores da sociedade local, para o direcionamento de políticas públicas vinculadas a situação demanda local do Município, do Estado, da Nação, para que ocorra o cumprimento destes objetivos definidos e pactuados com as Nações Unidas é imprescindível o aumento de acesso à justiça (CUNHA, 2015; OLIVEIRA, 2019; CHACUR, 2020).

Essa ação política-acadêmica merece a formulação de planos e estratégias dos próprios tribunais e do Ministério da Justiça do Brasil, amparados em um novo modelo de jurisdicionalidade transacional, para a apreciação das causas ambientais pelos tribunais de Jurisdição contenciosa ou administrativa, na América Latina e Caribe.

Essa nova forma desenvolvimento de apuração e julgamento de confronto aos Direitos Humanos corresponde ao cumprimento da recepção do Pacto Global Internacional das Nações, em sede de status constitucionais pelos Estados nacionais, também contempla a integração e a complementariedade dos Estados-Nação, assim como autoriza a participação popular, em espaços democráticos e de ordem interna ou externa, na tomada de decisões ambientais, com o enfrentamento destas causas (CUNHA, 2014; HAMER, 2016).

Com esforço é recomendável conduzir trabalhos de Comissões de Estudos do Tribunal Ambiental para contemplar um programa interinstitucional de melhorias de qualidade dos serviços e controle interno dos trabalhos realizados nas cortes judiciais e o estreitamento com os governos locais, regionais e nacionais, assim como já desenvolvem os países da América do Norte, Europeus e Oceania.

Estes países organizados por blocos de interesses, geralmente econômicos, estabelecem práticas definidas por teorias avançadas de consultoria e julgamento de interesses ambientais fronteiriços e transacionais, restando a iniciativa na América Latina e Caribe.

Por seu turno, a exsurgência deste pleito justifica-se pelo clamor público nacional e internacional de proteção aos recursos naturais da água, fauna, flora e território, especificamente, ao tratar da proteção das zonas das florestas da Amazônia e Mata Atlântica e zonas marítimas além da jurisdição brasileira (CHACUR, 2020).

A magnitude desta pauta de organização judiciária nacional favorece um momento oportuno para levar a proposta ao debate da comunidade acadêmica sobre as exigências e os avanços do tratamento de questões conflitivas ambientais, no país.

As práticas internacionais demonstram os benefícios de atendimento a abertura deste formato de Tribunal, representativo e participativo, com êxito de reduzir a litigiosidade de conflitos ambientais e atingir alternativas de soluções que levam a efetivas decisões de promoção dessas ações resolutivas.

4 NÃO SERIA MELHOR TER UM TRIBUNAL ARBITAL OU UM COMITÊ DE MEDIAÇÃO AMBIENTAL

A sugestão do trâmite procedimental resguarda o rito específico do Tribunal Internancional Ambiental, resguardando-se o devido processo legal e a participação isonômica e igualitária dos cidadãos, no ato de indicação de representatividade dos pares e eleitos, abrindo um espaço de consulta prévia comunitária e parecer conclusivo, com reflexos na interpretação do texto normativo, valoração do conteúdo probatório e tomada de decisão judicial, com efeitos vinculativos e vinculantes aos Estados.

Este caráter vinculante das decisões decorre da premissa do Pacto Federativo dos Estados Membros e sua recepção pelo Pacto Global Internacional das Nações, em sede de status de norma constitucional pelos Estados Democráticos de Direito, porém, todas as causas de natureza ambiental atualmente não tem caráter vinculante de ordem interna e externa perante Estado-Nação, levando a inefetividade das decisões judiciais ambientais de direitos no sentido lato humanos.

Para todos os efeitos, a adoção de Comissões de Mediação precede a formulação de políticas públicas de estrutura própria de controle interno de inobservância de mecanismo internos de controle da proteção de direitos humanos, para a submissão da demanda de consulta prévia e urgente de submissão do pleito as comissões e caso necessário a remessa obrigatória ao tribunal.

Ao tratar de Tribunal Arbitral precede a voluntariedade de escolha das partes envolvidas para subterem o conflito a estrutura da arbitragem, pautada em lei.

Deste modo, prestigiando a Mediação ou Arbitragem e a solução de conflitos ambientais pelas vias não adversariais ou declinadas da via adversarial, tal expediente comporta uma vinculação em acordo ou pactos entre os sujeitos interessados pelas causas e envolvidos nos interesses do conflito e problema ambiental.

Caso, em caráter excepcional, ocorra a via direta de impugnação do pactuado ou a denúncia do acordo é possível submeter a revisão perante os pares entre os 3 Conselheiros eleitos e nomeados, em conjunto pelo número de votos e alto grau de conhecimento, para posterior, composição do Conselho Pleno, em sede resursal.

Contudo, a declinidade fnal sempre recairá em consulta técnica e popular, ainda que, virtual para atender a participação democrática do pleno e popular referendado as decisões, para o julgamento final.

5 QUAL SERIA A ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO TRIBUNAL

A sugestão é a criação de uma estrutura de atribuições e competências envolvendo os países de zonas fronteiriças ou transcontinental, com a articulação e ordens de cooperação de governos, fazendo a distinção da integração e complementariedade das nações e respectivos organismos nacionais e internacionais, com a submissão obrigatória de assuntos de interesses ambientais internacionais para o órgão consultivo transacional e posteriormente as comissões e se necessário a Corte, com o propósito de declarar e orientar entendimentos de caráter vinculante aos poderes judiciais das Nações (CUNHA, 2015; LÓPEZ, 2017).

A organização e criação de um Tribunal de Justiça Ambiental Internacional da América Latina possibilitaria o aumento de ações de acesso a justiça e tutela jurisdicional efetiva ao tratar de matéria de Direito Ambiental Internacional; atribuições e competências envolvidas de vários países e zonas regionais e/ou continental correlacionadas aos objetivos de desenvolvimento sustentável; articulação e ordem de ações dos governos de caráter preventivo e sancionador; a cooperação ou complementariedade de atividades das nações e seus organismos institucionais; a atuação em última instância internacional de assuntos de conflitos de interesses ambientais internacionais; solucionar interpretação de Tratados internacionais sobre meio ambiente; declarar jurisprudência em caráter vinculante aos países signatários de todos os poderes judiciais atingindos

pela Jurisdição ambiental; mediar conflitos de interessses locais, regionais e supraregionais; integrar forças de cooperação do Estado Nação da América Latina e Caribe (CUNHA, 2017; LÓPEZ, 2017; CHACUR, 2019).

Sugere López (2017) a composição de estrutura e função do Tribunal Internacional a disponibilidade de 3 salas, com 5 membros, com especialistas de várias áreas em cada sala, com o total de 15 assentos de cadeiras de membros eleitos. Acrescentamos a proposta de eleição pela via indireta e direta, na via indireta pela moção da representatividade do nível máximo de conhecimento na área e reputação ilibada, e na via direta com a representatividade de especialista e julgadores ou mediadores próximos ao assunto da matéria em julgamento na esfera ambiental.

Esse processamento pode ser adequado ao rito comum com a formação de uma colegialidade em sede recursal, porém, com o adicional de uma rede de tomada de participação popular comunitária de assuntos e interesses nacionais e transnacionais, durantes todas as etapas do desenvolvimento da solução do problema (CHACUR, 2019; CHACUR, 2020).

Este desenho é apresentado como uma nova metodologia de solução de conflitos ambientais e resolução de conflitos judiciais ambientais, em tese própria.

Com destaque a resposta de todas as indagações sobre os benefícios da utilização dos meios alternativos de solução e resolução de conflitos ambientais, em que merece o tratamento adequado a depender do caso da temática da competência do tribunal e as necessidades de participação ativa dos sujeitos envolvidos, desde o início do problema fundiária, até a judicialização dele, em sede de Tribunal.

Isto significa que, é possível a existência de Conselhos consultivos e câmaras prévias de mediação para as conduções de aconselhamento e participação dos entes e sujeitos interessados, com a devolutiva da forma e instrumentos aptos a solução do problema ambiental.

6 QUAIS SÃO AS CARACTERÍSTICAS E PODERES ESSENCIAIS DO TRIBUNAL?

Os poderes essenciais do Tribunal é solucionar conflitos ambientais não-adversariais e remessa de conflitos judicializados envolvendo várias temáticas, com o fim de segurança da proteção do meio ambiente, mitigar a degradação ambiental nas regiões, estabelecendo uma regulação do uso dos recursos naturais e o desenvolvimento sustentável do meio ambiente nos territórios latinos e caribenhos.

Esta condição supranacional de organização e funcionamento dos tribunais de tomada de decisão sob questões ambientais supranacionais, não confronta a Soberania do Estado-Nação (CUNHA, 2017; MAZZUOLLI, 2019).

Essa atribuição decorre da observância da autonomia de solução de controversias ambientais locais respaldadas no ordenamento legal e jurídico de cada país da América Latina e Caribe, mas, não se podem olvidar as questões de ordem supranacional e transfronteiriças de proteção do meio ambiente, bem como o meio ambiente é o patrimônio da humanidade.

O termo "estrutura complexa" confere a multivariedade de agentes representativos de cada Estado-Nação, com o núcleo formado de especialistas e técnicos, com a finalidade de cumprir as diretrizes e metas, estas já estabelecidas em outros pactos internacionais.

As características essenciais ao Tribunal Internacional Ambiental da América Latina e Caribe é a pluralidade de entes nacionais representativos vinculados a indicação do Ministério das Relações exteriores mediante preferencialmente votação prévia ou indicação dos representantes de agentes variados nas figuras de juízes, advogados, representantes da sociedade e técnicos vinculados em caráter de ex-oficio consultivo por área temática ou grande eixo, dentro da estrutura complexa do tribunal (OLIVEIRA, 2015).

Ele tem o caráter discricionário e diretivo do Tribunal confere-lhe a ausência de provocação voluntária da parte, podendo qualquer pessoa humana ou entidade, acessar mediante pedido simples e forma simples e direta, promovendo a denúncia de um problema ambiental, perante ele.

Desta forma, o processamento do rito específico formulado em Comissões de Estudos contemplará as fases prévias consultivas, a mediação direta com os sujeitos atingidos e Estados-Nações, e se necessário, a interferência mediática de nações nas questões transfronteiriças, com o objetivo de solução prévia do problema ambiental.

A estrutura do Tribunal e seu funcionamento merece contemplar o Regimento próprio formulado pelos pares juízes, com a definição de sede local itinerante e atendimento remoto e presencial.

Essa tendência itinerante é realizada atualmente pelos consultores e juízes das Nações Unidas e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

7 DE QUANTOS MAGISTRADOS DEVERIA SER CONSTITUÍDO, E COMO DEVERIA SER SUA MANEIRA DE SELEÇÃO?

Têm-se duas propostas iniciais sugerida por López (2017) e Chacur (2019), o primeiro autor apresenta a composição de estrutura e função do Tribunal Internacional a disponibilidade de 3 salas, com 5 membros, com especialistas de várias áreas em cada

sala, com o total de 15 assentos de cadeiras de membros eleitos na figura de juízes.

A proposta de eleição pela via indireta e direta, na via indireta pela moção da representatividade do nível máximo de conhecimento na área e reputação ilibada, e na via direta com a representatividade de especialista e julgadores ou mediadores próximos ao assunto da matéria em julgamento na esfera ambiental.

Acrescenta a possibilidade de participação popular na forma de eleição com voto direto e online, com abertura imediata de um portal de transparência ininterruptamente do inicio ao fim do pleito eleitoral, seguindo o viés democrático e participativo da proposta, incluindo a qualquer pessoa qualificada dentre os requisitos e dupla certificação de indicações, votos por maioria e pleitos: 1/ 4 de cada membro representado pelo magistrado eleito, por maioria de votos e diretamente com pleito aberto em todas as magistraturas nacionais e após o mais votado representando a Magistratura dos países integrantes do Tribunal Internacional da América Latina. Caso o país, não figure como signatário do Mercosul perderia a legibilidade de cadeira, sem embargo de sanção internacional pela atuação totalitária do governo; 1/4 de cada membro representado pelo advogado vinculado exclusivamente ao Quadro da Ordem dos Advogados do país signatário, também eleito por maior de votos de seus pares e sociedade civil local, em votação aberta no país de origem, comprovando transparência e regulação do pleito, como pré-requisito de indicação e também o mais votado entre os candidatos, para o pleito perante o Tribunal; 1/4 por entidades de organização governamental e não-governamental representantes com o maior número de votos entre seus pares locais e subsequente no pleito de eleição entre os pares internacionais devido o número de candidatos e a representatividade adstrita a 1 membro por zona continental ou fronteiriça; 1/4 por representantes da sociedade civil diretamente indicados por iniciativa particular ou qualquer outro meio, desde que, aptos ao tratar de assuntos de mediação comunitária internacional ambiental, também dentre os mais votados entre os pares, em sede internacional.

Qualquer impugnação ao pleito eleitoral pela via direta de um Conselho Deliberativo e Fiscalizatório regulador das articulações entre os países nomeadamente os diplomatas oficiais, nos prazos pré-fixados do Pleito.

A formulação de uma estrutura funcional e organizacional do Tribunal Internacional Ambiental após os 3 anos de exercício dos membros formulará o Conselho Consultivo e Pleno do Tribunal Internacional Ambiental.

A atuação dos interessados e procuradores terão caráter pro-bono, com a abertura de fala na Tribuna, por qualquer cidadão e jurista, em fase própria.

Durante os 3 primeiros anos de exercício de mandato dos membros fixarão um Conselho Pleno temporário, para dirimir consultas e atender questões de caráter de urgência, convalidadas em decisões terminativas quando instalado o Conselho Pleno.

O modelo testado de Tribunal Internacional ambiental é protótipo referenciado de ampliação de zonas fronteiriças e continentais, com a flexibilização à posteriori de participação da União europeia e América do Norte, desde que primado o status democrático e a eleição pelo voto direto.

8 QUAL DEVE SER A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL

Apesar da terminologia de Tribunal Internacional Ambiental da América Latina e Caribe corresponde a competência absoluta e material de temáticas do meio ambiente e a zona de competência territorial dos 20 países pertencentes a América Latina e ao Caribe distribuídos conforme as regras geográficas.

9 COMO ALCANÇAR UM TRATADO QUE CRIA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA AMBIENTAL DA AMÉRICA LATINA E DO CARIBE

O desafio de formular o conteúdo do Tratado do Tribunal de Justiça Ambiental da América Latina e do Caribe a partir de remessa da carta de intenção de protocolo, Regimento Interno e o encontro dos conselhos de representatividade de todos os Estados envolvidos na zona territorial do tribunal.

Para se alcançar tal fim é preciso uma ação política de vontade e atividade dos objetivos e fins constitucionais de cada Estado-Nação e posteriormente a colisão de nações, sob o único objetivo de pacificação de conflitos ambientais no Brasil e na América Latina e Caribe.

10 COMO ALCANÇAR A PROMULGAÇÃO DE UMA CONSTITUIÇÃO AMBIENTAL DA AMÉRICA LATINA E DO CARIBE

Enfim, após os encontros e as convergências de objetivos e fins de proteção ambiental nacional e internacional transfronteiriços pactuar os Tratados e Acordos, como ocorreu com o último "Pacto de Letícia" firmado entre o Governo Federal e os Estados fronteiriços.

O questionamento é a necessidade de formulação de uma Constituição Ambiental da América Latina e do Caribe restando a alternativa de manter a autonomia dos moldes da Constituição Federal de cada país envolvido nesta rede de integração latino-americana e em hipótese última de antinomias levar a êxito a análise e o julgamento pelos princípios norteadores internacionais de proteção aos Direitos Humanos firmados pelas cortes internacionais.

Outra situação levantada é o custo-benefício da criação de uma estrutura de corte de julgamento, em um período de extrema contenção de investimentos nacionais e mundiais, considerando que, a solução dos conflitos de interesses e problemas ambientais trazem benefícios e vantagens, inclusive econômicas de retorno de investimentos aos países envolvidos na questão ambiental.

Como suporte recomenda-se o apoio de preleção do uso dos fundos de investimentos destinados a solução dos problemas ambientais nos países signatários, já previstos nos pactos e documentos das cortes internacionais.

CONCLUSÃO

Para atingir tal fim de criação do Tribunal de Justiça Ambiental da América Latina e Caribe é obrigatória a ação atingindo diretamente a pluralidade dos sujeitos para a compreensão de sua condição humana, de suas circunstâncias e fatos que norteiam seus espaços de convivência social, com o objetivo de melhorar a condição de toda a vida política dos homens e o seu pertencimento ao meio ambiente.

Não se vive ou convive em sociedade e no meio ambiente sem a primazia de um ideal de traçar um caminho e seguir a rota da vida.

Essa vontade política traz uma nova visão estratégica de soluções prévias de conflitos ambientais nacionais e transfronteiriços, sob um modelo de governança global, transnacional e interfederativa, com a abertura de participação de todos os sujeitos atingidos em seu pertencimento de direito a proteção aos bens ambientais e a integração e complementariedade dos entes e órgãos da América Latina e o Caribe.

Essa projeção do caminho de solução direta de controvérsias ambientais traz consigo o grande desafio de proteção do meio ambiente justo, equilibrado e sadio, em um espaço pacífico e integrado de Nações.

REFERÊNCIAS

ANTÔNIO, Adalberto Carim. Vara ambiental: uma realidade. *In:* FREITAS, Vladimir Passos de et al. Direito ambiental em evolução. v. 2. Curitiba: Juruá, 2003.

BIANCHI, Patrícia. O papel da soberania na gestão dos recursos hídricos transfronteiriços. Plataforma Google, 2014. Disponível em: https://www.google.com/search?q=O+papel+da+soberania+na+gest%C3%A3o+dos+recursos+h%C3%ADdricos+transfronteiri%C3%A7os&rlz=1C1GCEA_enBR798BR798&oq=O+papel+da+soberania+na+gest%C3%A3o+dos+recursos+h%C3%ADdricos+transfronteiri%C3%A7os&aqs=chrome..69i57j69i64.147j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 26 ago. 2022.

ANTÔNIO JCV, Veiga Jr. *Structure and adequacy of civil protection municipal authority: comments to municipal law nº 5144/2016 of Taubaté. São Paulo*, 2016.

CARVALHO, Marcelo Machado; BIANCHINI, Patrícia Nunes Lima. Políticas Públicas de Saneamento Básico: A responsabilização do agente político como fator pedagógico, Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, p. 139 – 157, 2017.

CHACUR, Rachel Lopes Queiroz Chacur. Novo Código de Processo Civil e a implementação das Políticas Públicas do Meio Ambiente. Congresso Novos Direitos, Universidade Federal de São Carlos – UFSCar, 2015.

CHACUR, Rachel Lopes Queiroz Chacur. Tribunal Internacional Ambiental. JOTA, abr. 2019.

ANTÔNIO. Modelo descentralizado de Mediação para a resolução de conflitos além da Jurisdição do Mar. Congresso Internacional de Direito do Mar, Santos, 2020.

CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. Propostas de modelos de soluções de problemas fundiários a partir de dados dos órgãos públicos da cidade de São Carlos. 2020. Tese (Pós-Graduação em Ciências Ambientais) – Faculdade de Ciências Biológicas, Universidade de São Carlos, São Paulo, 2009

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A justiça ambiental: especializar ou não? Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-nov-02/ambiente-juridico-justica-ambiental-especializar-ou-nao. Acesso em: 20 mai. 2020.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. 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, v. 1, p. 1221 - 1246, 2015.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Unasul e a cidadania cosmopolita. Revista Judiciária do Paraná, v. 9, p. 131 - 142, 2015.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Unasul e a cidadania cosmopolita. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, v. ano 2/n. 3, p. 177 - 189, 2015.

CUNHA, José Sebastião Fagundes; Gustavo Rabay. Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-

americano: a necessidade de harmonização legislativa e de criação de um tribunal para a unasuL. Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos, v. 2, p. 33 - 77, 2014.
CUNHA, José Sebastião Fagundes; GUERRA, Gustavo Rabay. Expandir os Horizontes das Cortes é Possível? Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 30 – n. 1, p. 167 - 184, 2014.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Crises e Perspectivas do Desenvolvimento Latino-Americano: A Necessidade de Harmonização Legislativa e de Criação de um Tribunal para a UNASUL. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 12, p. 13613, 2013.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Direito Internacional e o Poder Judiciário - uma reflexão a partir do dilema do meio ambiente e da cidadania cosmopolita: a necessidade da Corte da Unasul. Revista Jurídica Consulex, v. 358, p. 50 - 52, 2011.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Justiça Supranacional ou Transnacional. Revista Judiciária do Paraná, v. 3, p. 57 - 90, 2011.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. A criação do mercosul foi um equívoco histórico. Consultor Jurídico, 6 out. 2011, 10:02. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2011-out-06/equivoco-historico-foi-criacao-mercosul-discutido. Acesso em: 29 ago. 2022.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Justiça supranacional ou transnacional. Jus Navegandi, Teresina, a. 8, n. 200, 22 jan. 2004. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrin. Acesso em: 22 jan. 2004.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Os Direitos Humanos e o Direito de Integração. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 756, n. 87, p. 85 - 100, 1998.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. O Direito nos Tribunais Superiores - Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano. Bonijuris, v. 1, 1. ed, Curitiba, 2015.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Doutrinas Essenciais - Direitos Humanos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Um Tribunal para a União das Nações da América do Sul - Justiça à Cidadania e ao Meio Ambiente. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Direitos Humanos e Políticas Públicas: Convenção Americana sobre Direitos Humanos: a aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal e o pacto de São José da Costa Rica, Decreto n. 678-92. Ponta Grossa: 1997.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Os Direitos Humanos e o Direito da Integração Regional. *In:* José Sebastião Fagundes Cunha. (org.). O Mercosul no Cenário Mundial. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. União de Nações Sul-Americanas e o Sistema de Solução de Controvérsias. Jornal Estado de Direito, 19 ago. 2011.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. *Integracion y Cooperacion Judicial.* Centro Andino de Integracion, 2 ago. 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de et al. Direito ambiental em evolução. v. 1. Curitiba: Juruá, 2005.

FREITAS, Mariana Almeida Passos de. Instalação de tribunais ambientais é urgente. 2010. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2010-ago-12/instalacao-tribunais-ambientais-urgente-brasil. Acesso em: 20 maio 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. Ainda faltam varas ambientais nos tribunais. Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-abr-12/ainda-faltam-varas-ambientais-principais-tribunais-pais. Acesso em: 7 jan. 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

STEIN, Paul. Direito ambiental: mito ou realidade? Um tribunal especializado em meioambiente: uma experiência australiana. Direito ambiental em evolução. Curitiba: Juruá, 1998.

O PODER JUDICIÁRIO E O AGRONEGÓCIO: A POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS AGRÁRIOS

THE JUDICIAL POWER AND AGRIBUSINESS: THE POSSIBILITY OF CONSENSUS RESOLUTION OF AGRICULTURAL CONFLICTS

Gustavo Calixto Guilherme [1]

A constitucionalização do Direito Agrário impõe a necessidade de atendimento aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da solução pacífica dos conflitos e do desenvolvimento sustentável no ambiente do agronegócio. Os métodos consensuais de resolução de conflitos ganharam destaque no cenário jurídico e surgem como uma nova oportunidade de aproximação das pessoas, de fomento ao diálogo, de incentivo à autonomia e de desenvolvimento do ser humano para que consiga resolver as suas próprias contendas. O Poder Judiciário criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, unidades responsáveis pela gestão e realização das sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

[1] Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Email: gustavo.guilherme@tjpr.jus.br. ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-8273-3982.

Adriane Garcel [2]

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania atendem a população realizando audiências de mediação e conciliação nas mais diversas áreas de atuação, incluindo o setor do agronegócio. Em 2021 o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná inaugurou o CEJUSC Agro, como forma de trazer maior eficiência e efetividade aos conflitos que surgem no ambiente do agronegócio. Por conclusão, tem-se que o investimento dos Tribunais brasileiros nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania fomentam à prática do diálogo e da autocomposição e a resolução de conflitos advindos do agronegócio, para a efetivação dos preceitos constitucionais e para o desenvolvimento nacional.

Palavras-chave: Direito Agrário; Agronegócio; Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos.

[2] Doutoranda e Mestre pelo Programa de Mestrado e Doutorado no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Aplicado e Direito e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Pós-graduada em Ministério Público Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público –FEMPAR. Graduação em Direito pela Universidade TUIUTI do Paraná e em Letras pela Universidade Campos de Andrade. Advogada licenciada da OAB/PR. Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na UNIFACIAP. Assessora Jurídica-Administrativa da Presidência do TJPR. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3684019694966209. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-5096-9982. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br.

José Laurindo de Souza Netto [3]

The constitutionalization of Agrarian Law imposes the need to comply with the fundamental principles of human dignity, peaceful conflict resolution and sustainable development in the agribusiness environment. Consensual methods of conflict resolution have gained prominence in the legal scenario and emerge as a new opportunity to bring people together, foster dialogue, encourage autonomy and human development so that they can resolve their own disputes. The Judiciary created the Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship, units responsible for managing and carrying out conciliation and mediation sessions and hearings and for developing programs designed to assist, guide and encourage self-composition. The Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship serve the population by holding mediation and conciliation hearings in the most diverse areas of activity, including the agribusiness sector. In 2021, the Court of Justice of the State of Paraná inaugurated CEJUSC Agro, as a way to bring greater efficiency and effectiveness to conflicts that arise in the agribusiness environment. In conclusion, it is concluded that the investment of Brazilian Courts in Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship encourages the practice of dialogue and self-composition and the resolution of conflicts arising from agribusiness, for the realization of constitutional precepts and for national development.

Keywords: Agrarian Law; Agribusiness; Consensual Methods of Conflict resolution.

[3] Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e Professor de Fundamentos Jusfilosóficos no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil – CONSEPRE. Membro da Academia de Letras Jurídicas do Paraná. Autor de diversos livros e artigos jurídicos publicados em revistas nacionais e internacionais. E-mail: professorlaurindojln@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6950-6128.

INTRODUÇÃO

Esta exposição tem como finalidade apresentar a constitucionalização do Direito Agrário, os métodos consensuais de resolução de conflitos e a possibilidade da utilização da autocomposição no agronegócio.

O Direito Agrário é o ramo do Direito que estuda as relações jurídicas entre o homem e a utilização da terra, a propriedade rural, a agricultura, a realização de atividades agropecuárias, a industrialização e comercialização dos produtos do agronegócio.

O agronegócio é conceituado como o conjunto das operações de produção, processamento, armazenamento, distribuição, comercialização e outras atividades econômicas que estão ligadas ou derivam da produção agrícola ou pecuária.

A Constituição da República como fonte formal do Direito Agrário impõe a necessidade de atendimento ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, à solução pacífica de conflitos e ao desenvolvimento sustentável em todo o ambiente do agronegócio.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos assumiram protagonismo no sistema jurídico. São novas possibilidades de findar controvérsias sem a necessidade do ajuizamento da ação judicial, através do diálogo e da aproximação das pessoas visando uma solução construída em conjunto.

Nessa perspectiva, esta pesquisa objetiva analisar o viés constitucional do Direito Agrário, os métodos adequados de solução de conflitos, a possibilidade de utilização da autocomposição nos conflitos agrários e algumas das ações realizadas recentemente pelos Tribunais, entre elas a criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Agronegócio, o CEJUSC Agro, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A pesquisa justifica-se diante da necessidade de expansão da utilização dos métodos consensuais para o desenvolvimento da sociedade, em consonância às diretrizes constitucionais.

Para tanto, a metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados.

Primeiramente, serão apresentados o Direito Agrário e o agronegócio como componentes do ordenamento jurídico constitucional.

Em um segundo momento serão explicitadas a mediação e a conciliação como métodos adequados de solução de conflitos nas mais diversas áreas do conhecimento.

Em seguida, serão abordados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e a possibilidade de autocomposição na seara do agronegócio.

Por fim, será demonstrado que o investimento dos Tribunais nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania possibilita a solução consensual de conflitos em diversas áreas, inclusive nas relações atinentes ao Direito Agrário e ao agronegócio, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social do país.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AGRÁRIO

A constitucionalização do Direito produz impactos em todos os ramos jurídicos. A Carta Magna passa a ser não apenas um sistema em si, mas também um modo de interpretar todos os demais ramos do Direito (BARROSO, 2013, p. 33).

Do princípio da Supremacia da Constituição decorre o fato de que todos os atos normativos devem ser consonantes com a Constituição, material e formalmente, sob pena de serem considerados inválidos. A compatibilidade deve ser material, no sentido de que o conteúdo dos atos deve ser harmonioso com o texto constitucional, e formal, devendo ser elaborados conforme os procedimentos estabelecidos na Carta Magna (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 201).

A Constituição estabelece, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades e promover o bem de todos.

É a primeira vez que uma Constituição assinala objetivos fundamentais do Estado brasileiro para prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, cultural e social, no intuito de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana (SILVA, 2016, p. 107 - 108).

A dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento sustentável e a solução pacífica dos conflitos merecem especial relevo, na medida de sua abrangência e magnitude.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o ordenamento jurídico. Uma ciência que não se presta para prover a sociedade do que é necessário para o desenvolvimento integral do homem não se pode dizer Ciência do Direito (NERY JUNIOR; ABBOUD, 2017, p. 140).

A positivação constitucional da dignidade da pessoa humana reafirma que o ser humano está acima de todo e qualquer interesse, de modo que ela deve ser tratada como valor absoluto, na medida em que é imprescindível à própria legitimidade do ordenamento jurídico (RAMOS, 2012, p. 407).

O princípio do desenvolvimento sustentável é o modelo econômico que, a partir da utilização racional dos recursos naturais, busca satisfazer necessidades

humanas sem comprometer a capacidade do planeta em abrigar as gerações futuras (MORAES, 2014, p. 107).

Na sua perspectiva objetiva, o direito ao desenvolvimento sustentável significa a proteção do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como a vida, a saúde e o meio ambiente equilibrado (WEDY,2018).

A solução pacífica de conflitos é um dos princípios do artigo 4º do texto constitucional e é fundamental para o progresso da humanidade.

O conflito é o fenômeno social que decorre da interação entre indivíduos que, mesmo permeado de aspectos negativos, contribuiu para a construção do mundo, perpassando pela história e pelos diferentes contextos sociais que determinaram os rumos da sociedade (MAZIERO, 2021, p. 227).

John Paul Lederach propõe a visão da transformação do conflito, de modo que seja visto como oportunidade a longo prazo para se criar processos de mudanças construtivos que reduzam a violência, aumentem a justiça e a estrutura social como um todo (LEDERACH *apud* FACCHINI, 2020, p. 44).

No Direito Agrário não é diferente. O Direito Agrário pode ser considerado um dos novos ramos do direito e é conceituado como o conjunto de normas destinado a regulamentar as relações jurídicas que disciplinam o acesso e o uso da terra, normas que regulamentam a agricultura, compreendida como o trabalho da terra para a produção de vegetais, e reprodução dos animais considerados indispensáveis ou úteis à vida humana, a exploração das atividades agroextrativistas e a transformação, industrialização e comercialização destes produtos (ROCHA, 2019).

O elemento fundamental que integra a definição de direito agrário é seu vínculo com a justiça social, pois o interesse coletivo prevalece e se sobrepõe ao individual. Uma de suas funções principais é a de dirimir conflitos sociais (TRECCANI; BENATTI; HABER; CHAVES; ROCHA, 2019).

Os princípios estabelecidos pelas leis agrárias e seus regulamentos formam um todo orgânico que mantém estreitas relações com os demais ramos do Direito, em especial com o Direito Constitucional, onde emanam todos os princípios norteadores e as diretrizes básicas (CHAVES; ROCHA, 2019).

O termo agribusiness (agronegócio) foi originalmente trazido pelos professores da Universidade de Harvard, John Davis e Ray Goldberg (DAVIS.; GOLDBERG, 1957) em 1957, que conceituaram o agronegócio como a soma das operações de produção e distribuição de suprimentos, das operações de produção nas unidades agrícolas, do armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas e itens produzidos a partir deles (DAVIS; GOLDBERG *apud* BURANELLO, 2021).

A fonte formal básica do Direito Agrário é a Constituição Federal. O artigo 22, I, reserva a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. O artigo 5º, XXII, XXIII, XXIV e XXVI, trata da propriedade, de sua função social, da desapropriação e da impenhorabilidade da pequena propriedade rural. O artigo 153, VI, aborda a competência para a instituição do ITR (Imposto sobre Propriedade Territorial Rural), os artigos 184 a 191 estabelecem as regras da Política Agrícola e Fundiária e as diretrizes fundamentais da Reforma Agrária. O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964) e toda a legislação ordinária complementar e os decretos regulamentadores concernentes aos temas agrários incluem-se nas fontes formais (RIZZARDO, 2015).

O artigo 225 do Texto Maior impõe a necessidade de preservação do meio ambiente, o direito ao meio ambiente equilibrado e o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Impende destacar a importância do agronegócio para a economia brasileira. Em 2020, o agronegócio, que engloba toda a cadeia produtiva (insumos, agropecuária, indústria e serviços), foi o responsável por 26,5% (RELATÓRIO..., 2021) do Produto Interno Bruto, indicador que representa a soma de todos os bens e serviços produzidos pelo país.

Nessa esteira, a constitucionalização do Direito Agrário traz a necessidade de alinhamento aos ditames da Carta Magna e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solução pacífica dos conflitos e do desenvolvimento sustentável.

Nas palavras da Ministra de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Tereza Cristina Correa da Costa Dias (2021):

> A agricultura brasileira é movida à ciência. Nos últimos cinquenta anos, desenvolvemos um modelo de agricultura tropical baseado em pesquisa e inovação que conjuga de forma singular os três pilares da sustentabilidade: o social, o econômico e o ambiental. (...) A agropecuária, realizada de maneira sustentável, é parte da solução para um duplo desafio: mudança do clima e segurança alimentar .

O entendimento da Ministra é corroborado ao serem analisados os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

A Agenda 2030 [1] é um plano de ação universal para o desenvolvimento sustentável, para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade.

Entre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas que buscam fortalecer a paz

[1] Sobre o assunto ver: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs. Acesso em: 08 fev. 2022.

universal e a erradicação da pobreza, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 2 traz a necessidade de erradicar a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável.

2 OS MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Durante muito tempo o acesso à justiça previsto no artigo 5º, inciso XXXV, do texto constitucional, significou o ajuizamento de demandas como a principal maneira de resolver os conflitos de interesses, o que gerou a cultura do litígio e a judicialização massiva de processos, em detrimento ao diálogo e à autonomia, e a capacidade das pessoas em resolver seus próprios problemas.

Em consulta ao relatório Justiça em Números 2021 [2] (ano base 2020), o Poder Judiciário finalizou o ano com 75,4 milhões de processos em tramitação, aguardando uma solução definitiva, bem como foram submetidos 25,8 milhões de novos processos ao longo de 2020.

Os meios alternativos de resolução de conflitos (MASC) despontam como uma resposta à massificação de demandas, visando a obtenção de decisões eficazes à população (PANTOJA,; ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN (coord), 2016, p. 56-58).

Nesse contexto, com a expansão da globalização, mudou-se o significado do acesso à justiça: se antes a expressão significava o acesso de todos ao Judiciário e a possibilidade de submeter cada vez mais litígios ao arbítrio do juiz togado, hoje o acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos meios adequados de resolução para cada tipo de litígio, de forma a proporcionar às partes a solução mais satisfatória para suas contendas (KFOURI NETO; SOUZA NETTO, 2020, p. 2).

Com o advento da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, os métodos consensuais de resolução de conflitos ganharam destaque no ordenamento jurídico. A Resolução nº 125/2010 instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, com vista à qualidade dos serviços judiciais e a disseminação da cultura da pacificação social.

Por meio da resolução supracitada, ficou estabelecido que os Tribunais devem criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, como forma de planejar e implementar, no âmbito de sua competência, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. A normativa também dispôs sobre a necessidade de criação e instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, unidades responsáveis pela gestão e realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, como forma de dirimir litígios de maneira consensual, onde atuam os mediadores, conciliadores e demais facilitadores, nas audiências e na orientação e atendimento ao cidadão.

Impende destacar a possibilidade de realização das sessões de mediação e conciliação tanto na forma pré-processual (possibilidade de encerramento do conflito antes do ajuizamento das demandas) e processual (durante o decorrer do andamento dos processos).

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) os métodos consensuais de resolução de conflitos tornaram-se ainda mais relevantes.

Em seu capítulo inaugural em que se instituem as normas fundamentais do processo civil, o Código prevê o estímulo a utilização das formas autocompositivas, ao estabelecer que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Nessa perspectiva, o artigo 165 assim prevê: "os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição".

A mediação está conceituada no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015: "Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia".

Em outros termos, a mediação é um método de solução de conflitos que tem como ponto de partida o diálogo entre duas ou mais pessoas, assistidas por um terceiro que facilita a comunicação, de modo a fortalecer o relacionamento interpessoal, a autonomia, e, por conseguinte, desenvolver a capacidade dos envolvidos em solucionar o problema por si próprios.

Na conciliação também há a presença de um facilitador para impulsionar a conversa e a melhor forma de resolver a demanda, denominado conciliador. Contudo, a forma de condução do diálogo diverge quanto à mediação, de modo que o conciliador interfere no debate propondo soluções para a lide.

Como é sabido, o diálogo é indispensável para a convivência e para a construção colaborativa. É convivendo que se constrói, conversando e dialogando, apresentando soluções viáveis, e trazendo opções para que se possa conseguir o que queremos. Aplica-se o

[2] Sobre o assunto ver: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 08 fev. 2022.

Ubuntu, filosofia africana com essa concepção do colegiado, nós somos o eu e o nós (SOUZA NETTO, 2022).

3 RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS AGRÁRIOS

Os preceitos constitucionais e o sistema normativo infraconstitucional reconhecem o ser humano como o centro do ordenamento jurídico e refletem a necessidade de desenvolvimento da sociedade por meio da solução pacífica dos conflitos.

O Relatório Justiça em Números 2021 [3] do Conselho Nacional de Justiça aponta que, ao final de 2020, havia 1.382 (mil, trezentos e oitenta e dois) Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania instalados na Justiça Estadual. No Poder Judiciário como um todo, foram 2.426.027 (dois milhões, quatrocentos e vinte e seis mil e vinte e sete) sentenças homologatórias de acordo, o que evidencia a procura pelos métodos consensuais de resolução de conflitos e, por conseguinte, o incentivo ao diálogo e à autonomia para a pacificação social.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania atendem a população realizando audiências de mediação e conciliação nas mais diversas áreas de atuação, como por exemplo na área de família, contratos, bancária, telefonia, entre outras.

No Estado do Paraná, o Tribunal de Justiça conta atualmente com 175 (cento e setenta e cinco) Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania distribuídos em todo o território.

Em 2020, a 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná anunciou a criação de Cejuscs temáticos, especializados.

Foi criado o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania Bancário [4], atualmente denominado Cejusc Endividados, para tratar especificamente de questões financeiras, visando ao aprimoramento dos serviços e a educação financeira de todos os cidadãos.

Na XIV Semana Nacional da Conciliação, o Cejusc Fazendário de Londrina realizou mutirão, abrangendo o pagamento de IPTU, por meio do qual foram realizadas 542 (quinhentas e quarenta e duas) sessões de conciliação, com 223 (duzentos e vinte e três) acordos e R$ 2.531.174,90[5] (dois milhões, quinhentos e trinta e um mil, cento e setenta e quatro reais e noventa centavos) arrecadados ao Município de Londrina, ou seja, em uma semana foram arrecadados mais de dois milhões e quinhentos mil reais aos cofres públicos, os quais poderão ser utilizados e revertidos para o cidadão nas políticas públicas do ente municipal (SOUZA NETTO; GUILHERME, 2020, p. 159).

De forma pioneira, o Tribunal de Justiça do Paraná criou o primeiro Centro de Solução de Conflitos e Cidadania de Recuperação Empresarial do Brasil [6], implantado em 2020 na Comarca de Francisco Beltrão, para auxiliar grandes, médios e pequenos empresários a evitarem a falência, com a possibilidade de renegociarem seus débitos por meio de audiências autocompositivas.

O lançamento do Cejusc da Moradia Legal [7] foi realizado no fórum do município de Pontal do Paraná. A iniciativa pretende a regularização fundiária de habitações juridicamente vulneráveis. A primeira grande conquista do programa Moradia Legal foi a regularização do Balneário Marisol, localizado no município de Pontal do Paraná. A localidade foi ocupada de forma pacífica e consensual, entretanto, havia a necessidade de regularização da situação fundiária. Mais de 300 famílias tiveram a regularização das habitações na inauguração do projeto, trazendo um sentimento de justiça aos moradores da comunidade local.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos também se estendem para o setor do agronegócio.

Em janeiro de 2021 o Poder Judiciário paranaense anunciou o lançamento do Centro de Conciliação voltado ao Agronegócio, o CEJUSC Agro, na cidade de Palmas, no intuito de possibilitar ao agricultor maior eficiência e celeridade no tratamento de seus conflitos, reduzir a burocracia na renegociação de dívidas dos produtores junto às instituições financeiras e garantir que o agronegócio tenha maior acesso à Justiça e aos meios conciliatórios [8].

Por meio da Escola Judicial do Paraná (EJUD-PR) foi realizado, em dezembro de 2021, o I Congresso Brasileiro de Direito e Agronegócio [9], com a participação de diversos especialistas do setor.

---

[3] Relatório Justiça em Números. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em 02 fev.2022.

[4] Sobre o assunto ver: https://www.tjpr.jus.br/noticias-2-vice/-/asset_publisher/sTrhoYRKnlQe/content/2-vice-presidencia-lanca-cejusc-bancario-por-meio-de-uma-live-no-instagram/14797?inheritRedirect=false.

[5] Informações repassadas pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Londrina.

[6] Sobre o assunto ver: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/-cejusc-recuperacao-empresarial-e-implantado-na-comarca-de-francisco-beltrao/18319 e https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/projeto-do-tjpr-e-citado-em-recomendacao-do-cnj/18319

[7] Sobre o assunto ver: https://www.tjpr.jus.br/noticias-2-vice/-/asset_publisher/sTrhoYRKnlQe/content/tjpr-lanca-cejusc-da-moradia-legal-em-pontal-do-arana/14797?inheritRedirect=false

[8] Sobre o assunto ver: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/tjpr-inaugura-cejusc-agro-em-palmas/18319 e https://www.cnj.jus.br/tribunal-paranaense-inaugura-centro-de-conciliacao-voltado-ao-agronegocio/.

[9] Sobre o tema: https://www.youtube.com/watch?v=_1AjX0OUGsg. Acesso em: 4 fev. 2022.

No Tribunal de Justiça da Bahia, foi inaugurado um Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos na Comarca de Formosa do Rio Preto[10]. O município é o maior em extensão territorial do estado da Bahia e é o 8º município com maior produção agrícola do Brasil e o 2º no ranking dos maiores PIBs agrícolas da Bahia, segundo o IBGE.

O Poder Judiciário Estadual do Mato Grosso lançou o Projeto Mediação no Agronegócio[11], ação firmada com diversos parceiros, entre eles a Federação dos Bancos (Febraban). A iniciativa teve o intuito de viabilizar pautas concentradas em diversos polos do estado do Mato Grosso para a realização de mediação entre agricultores e bancos, para fomentar a cultura do diálogo e solucionar processos por meio da autocomposição.

Assim, a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos incentiva a autonomia e o diálogo, previne a excessiva judicialização e, na seara do agronegócio, proporciona ao empresário e ao agricultor maior celeridade e novas possibilidades na resolução dos litígios para o desenvolvimento econômico e social do país.

CONCLUSÃO

A constitucionalização do Direito Agrário impõe a necessidade de atendimento aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da solução pacífica dos conflitos e do desenvolvimento sustentável no ambiente do agronegócio.

Os métodos consensuais de resolução de conflitos ganharam destaque no cenário jurídico e surgem como uma nova oportunidade de aproximação das pessoas, de fomento ao diálogo, de incentivo à autonomia e de desenvolvimento do ser humano para que consiga resolver as suas próprias contendas.

O Poder Judiciário criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, unidades responsáveis pela gestão e realização das sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania atendem a população realizando audiências de mediação e conciliação nas mais diversas áreas de atuação, incluindo o setor do agronegócio. Em 2021 o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná inaugurou o CEJUSC Agro, como forma de trazer maior eficiência e efetividade aos conflitos que surgem no ambiente do agronegócio.

Por conclusão, tem-se que o investimento dos Tribunais brasileiros nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania fomentam à prática do diálogo e da autocomposição e a resolução de conflitos advindos do agronegócio, para a efetivação dos preceitos constitucionais e para o desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ Acesso em: 01 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Governo Federal. Disponível em: https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/agropecuaria-brasileira-em-numeros/abn-12-2021.pdf/view. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. Nações Unidas. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/portal/pjba-inaugura-uma-unidade-do-cejusc-na-comarca-de-formosa-do-rio-preto/. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/ Acesso em: 08 fev. 2022.

BURANELLO, Renato, et al. Financiamento do agronegócio [livro eletrônico]: comentários à Lei n. 13.986/2020/ coordenação Renato Buranello. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DIAS, Tereza Cristina Correa da Costa. Agropecuária sustentável é parte da solução para mudança do clima e segurança alimentar. Disponível em: https://www.canalrural.com.br/noticias/tereza-cristina-agropecuaria-sustentavel-e-parte-da-solucao-para-mudanca-do-clima-e-seguranca-alimentar/. Acesso em: 01 fev. 2022.

FACCHINI, JULIA. Por uma construção relacional da paz: a intersubjetividade na transformação de conflitos de John Paul Lederach. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Economia e Relações Internacionais da Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: https://repositorio.ufu.br/bitstream/123

[10] Sobre o assunto ver: http://www5.tjba.jus.br/portal/pjba-inaugura-uma-unidade-do-cejusc-na-comarca-de-formosa-do-rio-preto/

[11] Sobre o assunto ver: https://www.cnj.jus.br/parceria-leva-conhecimento-sobre-conciliacao-no-agronegocio/.

456789/28878/1/ConstrucaoRelacionalPaz.pdf. Acesso em: 01 fev. 2022.

KFOURI NETO, Miguel; SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane. O Direito de Acesso a Tribunal, à Mediação e à Arbitragem. Congresso sobre a Convenção mericana de Direitos Humanos (CADH). Superior Tribunal de Justiça, 2020.

MAZIERO, Julia Izabelle Toneto Romano; SOUZA NETTO; José Laurindo de. Meios Adequados de Resolução de Conflitos: uma leitura pela comunicação não violenta, teoria da ação comunicativa e teoria dos afetos. In: Mediação e Conciliação: Métodos Adequados de Solução de Conflitos. Garcel, Adriane. Mossoi, Alana Caroline. Fogaça, Anderson Ricardo. Menotti, Anna Fernanda Scalla. Dias, Bruno Smolarek. Ferreira, Luis Antonio...[Et al.]; - Curitiba: Clássica Editora, 2021.

MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitu cional. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. Direito Consti tucional brasileiro: curso completo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. Os métodos "alternativos" de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva, (coords). Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

RAMOS, Gisela Gondin. Princípios jurídicos. Prefácio de Fábio Konder Comparato. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. Curso de direito agrário [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39. ed. rev. e atual./ até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. O Diálogo é Indispensável. In: Revista Justiça e Cidadania. Edição 258. Ano 22. Fev. 2022. Disponível em: https://www.ed itorajc.com.br/edicao/258/. Acesso em: 21 fev. 2022.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL; Adriane. Planejamento Estratégico Sustentável do Poder Judiciário Paranaense. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/152. Acesso em: 22 fev. 2022.

TRECCANI, Girolamo Domenico; BENATTI, José Heder; HABER, Lilian Mendes; CHAVES, Rogério Arthur Friza; ROCHA, Ibraim. Manual de Direito Agrário Constitucional. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com .br/livro/1196. Acesso em: 01 fev. 2022.

WEDY, Gabriel. O direito fundamental ao desenvolvime nto sustentável. Disponível em: https://www.conjur. com.br/2018-mai-26/ambiente-juridico-direito-fundamental-desenvolvimento-sustentavel. Acesso em: 2 fev. 2022.

TEXTOS DE OPINIÃO

HABEAS CORPUS COMO ALTERNATIVA AO EFEITO SUSPENSIVO EM REVISÃO CRIMINAL

Sergio Luiz Patitucci [1]

O *Habeas Corpus* é um dos institutos mais importantes do direito no que consiste a garantia da liberdade individual, estando previsto desde a Constituição Federal de 1891, em seu artº 72, § 22, que dizia, "dar-se-á habeas-corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder".

Já a Revisão Criminal é uma ação autônoma de impugnação que se presta a rescindir, no todo ou em parte, a coisa julgada penal (sentença ou acórdão condenatório), com dupla finalidade: revisar uma injusta condenação e proteger a dignidade do condenado.

No julgamento da revisão criminal, admite-se que o tribunal competente exerça juízo rescindente e/ou juízo rescisório, reformando sentença condenatória contaminada por erro judiciário.

Muito se tem discorrido sobre a impossibilidade de ser concedido o feito suspensivo em sede de Revisão Criminal, tendo em vista que a interposição da revisional não possui efeito suspensivo capaz de impedir a execução de sentença condenatória transitado em julgado, por ser uma ação mandamental.

A concessão de efeito suspensivo em sede de revisional poderia, no entanto, transformá-la em um novo recurso, cujo propósito seria protelar o cumprimento das decisões transitadas em julgado.

Assim, o remédio constitucional para evitar a execução de ato que poderá restringir a liberdade individual de condenado injustamente por erro judiciário, decerto seria o habeas corpus, garantindo ao paciente o direito de aguardar o julgamento da ação revisional em liberdade.

O *habeas corpus*, por ser um remédio constitucional, poderia ser aplicado amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, conforme a chamada Doutrina Brasileira do Habeas Corpus, incluindo aí até a coação decorrente de decisão ilegal ou nulidade.

A legislação processual penal em seu artº. 648, incisos I e VI, assim dispõe:

> Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:
> I - quando não houver justa causa;
> (...) VI - quando o processo for manifestamente nulo;

O *habeas corpus* deve ser utilizado como garantia individual, previsto na Constituição Federal, não podendo restringir-se sua utilização. Assim, a legislação processual penal previu em seu artigo 648, inc. I, onde aponta que a coação será considerada ilegal, a menos que haja uma justa causa. Portanto, este remédio constitucional não se limita às prisões, e sempre que o foco não for a prisão, desde que se verifique a existência de constrangimento ilegal.

Porém, conforme discorre Norberto Avena "[...] o Habeas Corpus é uma ação autônoma de impugnação, constitucionalmente estabelecida, objetivando preservar ou restabelecer a liberdade de locomoção ilegalmente ameaçada ou violada " (São Paulo: Editora Método, 2014).

Todavia, a existência de sentença condenatória transitado em julgado, em tese afasta o constrangimento ilegal que poderia dar sustentáculo à pretensão de suspensão da execução da decisão condenatória através de um *habeas corpus*.

Aury Lopes Jr. (2012, p. 1337) discorre sobre o *habeas corpus* como instrumento de *Collateral Attack*:

> O alcance do writ não só se limita aos casos de prisão, pois também pode ser utilizado como instrumento para collateral attack, possibilitando que seja uma via alternativa de ataque aos atos

[1] Juiz de Direito Substituto em 2º Grau. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Turma 1988. Assessor de Planejamento da Secretaria de Estado da Segurança Pública do Estado do Paraná – 1984/87. Escrivão de Polícia do Departamento de Polícia Civil do Estado do Paraná – 1987/90. Delegado de Polícia do Departamento de Polícia Civil do Estado do Paraná – 1990/95. Juiz Substituto, atuou nas Seções judiciárias de Laranjeiras do Sul e Campo Largo. Juiz de Direito, atuou nas Comarcas de Realeza, cruzeiro do Oeste, Foz do Iguaçu e Ponta Grossa.

> judiciais, e inclusive contra sentença transitada em julgado.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou pela possibilidade de fungibilidade na utilização de habeas corpus quando se tratar de matéria de ordem pública:

> CRIMINAL. HABEAS CORPUS. REVISÃO CRIMINAL. FUNGIBILIDADE. NULIDADE ABSOLUTA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. CABIMENTO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ORDEM CONCEDIDA. Cabe habeas corpus contra sentença transitada em julgado, que se encontra eivada de nulidade absoluta, por incompetência de juízo, ainda que a sentença já tenha transitado em julgado, tendo em vista tratar-se de matéria de ordem pública. Possuindo o habeas corpus e a revisão criminal a natureza de ação, nada impede a aplicação do princípio da fungibilidade. Ordem concedida. (STJ - HC: 13207 SP 2000/0046405-8, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 28/08/2001, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.10.2001 p. 228).

Já a concessão de efeito suspensivo na revisão criminal é hipótese extremamente excepcional, sendo cabível no caso de flagrante e absurda nulidade ou injustiça na condenação criminal.

Na via estreita do *writ*, não é possível a apreciação de provas, pois o habeas corpus não se presta ao exame do conjunto probatório, ao passo que em sede de revisão criminal é possível uma análise, ainda que em sede liminar de provas trazidas com o pedido revisional, onde então é possível perceber, ao menos em tese, a alta probabilidade de sucesso da revisão criminal ajuizada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Habeas Corpus nº 13207/ SP. Relator: Ministro GILSON DIPP, 28 de agosto de 2015.

AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal, 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1374.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS

Milenka Gutiérrez Antezana[1]

La evolución humana ha determinado grandes variaciones en la vida del hombre desde distintos aspectos, esta situación no es ajena al derecho ni a la transformación del mismo en el transcurso del tiempo. Desde el primer registro que se tiene del uso de este recurso contra una autoridad establecida (1305), desde el reinado de Eduardo I de Inglaterra, hasta la fecha, la utilización del *Habeas Corpus* ha ocasionado que este se exponga a una serie de modificaciones de gran importancia; cambios fundamentados en la conceptualización de un mecanismo que garantice los procesos judiciales.

Desde los inicios de la ciencia del Derecho, se han suscitado grandes avances; las personas han comenzado a hacerse titulares de garantías reales, el humano ha dejado de ser visto como un objeto y se ha constituido en un titular de derechos, en sujeto de protección bajo el principio pro homine; del cuidado de lo que en esencia denominamos derechos humanos.

Es en este tema, simultáneamente tan antiguo y tan actual que, aunque la terminología parezca ambigua, donde los administradores de justicia encuentran lo más álgido de su función, pues resulta conflictivo poder hacer una adecuada aplicación normativa que tienda a la protección efectiva de los derechos humanos, cuando la normativa interna de un país no coincide con los principios universales del derecho humano.

De estas circunstancias propias del choque entre derecho interno y derecho interamericano es que, surge la imperiosa necesidad de la conformación de mecanismos adecuados a la correcta interpretación normativa; de un instrumento que se consolide en la existencia del procedimiento constitucional y por medio del cual, se proceda a un control de convencionalidad que ayude a dirimir adecuadamente conflictos normativos, en aras de el fin último del derecho: DAR A CADA QUIEN LO QUE EN DERECHO CORRESPONDE BAJO TÉRMINOS DE IGUALDAD Y RESPETO.

Este llamado control de convencionalidad adquiere a la fecha tal importancia y trascendencia, debido a que se constituye como la máxima expresión de la actividad jurisdiccional que deben efectuar los jueces y demás autoridades públicas internas, para proteger adecuadamente los derechos humanos, honrar los compromisos internacionales en la materia y, entre otros objetivos, evitar con ello que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Semejante examen convencional requiere de la compulsa congruente de las normas jurídicas internas aplicadas en casos concretos mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales que integran el Corpus Iuris interamericano y los estándares exigidos y forjados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias y opiniones consultivas, las cuales llegan a conformar el pináculo de la pirámide de Kelsen. En este sentido, se debe ver al llamado control de convencionalidad como el instrumento que permite a los estados, concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno; esto, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de

[1] Jueza de instrucción penal cautelar a cargo del juzgado Segundo de instrucción penal cautelar de la ciudad de El Alto.

Graduada con grado de distinción de la Universidad Católica Boliviana San Pablo de la carrera de Derecho. El año 2004.

los Derechos Humanos y su jurisprudencia; algo que en su aplicación, implica el carácter de obligatoriedad.

La obligación constitucional de interpretación de las normas relativas a los derechos humanos, de conformidad con fuentes internacionales, encierra un auténtico control de convencionalidad Lato Sensu al ordenar el poder reformador de manera imperativa y el análisis de estas normas, a la luz de los tratados internacionales en la materia, lo cual constituye en esencia el fin último de este control, la comparación normativa entre el orden jurídico nacional y aquellos de fuente internacional; esto, siempre en supremacía aplicativa de la norma más amplia o de la interpretación extensiva en beneficio de la persona y observando en todo momento el principio pro homine.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL E A EQUIDADE. A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 140 DO CPC

Jorge de Oliveira Vargas [1]

Esse pequeno artigo tem por finalidade demonstrar o equívoco do parágrafo único do art. 140 do Código de Processo Civil e a sua total dissonância com o Estado constitucional de Direito, estando na contramão do devido processo legal substantivo.

O novo Código de Processo Civil deve ser lido como um todo e não em tiras.

O contido no parágrafo único do art. 140 do Código de Processo Civil, que diz: "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei" não pode ser analisado isoladamente.

Sua inclusão, de última hora, no projeto do novo CPC parte de uma premissa equivocada, ou seja, de que razoabilidade e equidade são institutos diferentes e que a equidade é instrumento de insegurança jurídica e de arbítrio.

Depois da limitação ao julgamento por equidade ter sido retirada do projeto ao novo Código de Processo Civil, foi reincluída nos termos do Parecer final n. 956, de 2014, da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, do Senado Federal, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil, tendo como relator o Senador Vital do Rêgo, com a justificativa de que:

> [...] a falta de razoabilidade da norma a torna inconstitucional, mas a equidade é instituto diverso, fator de insegurança jurídica e instrumento de arbítrio, e que é antidemocrático que um Poder sem investidura popular se recuse a cumprir, por motivos subjetivos, a lei votada pelo Parlamento eleito.

Nota-se que a fundamentação para a reinclusão da limitação do julgamento por equidade ignora completamente a Constituição Federal, o devido processo legal substantivo, a passagem do princípio da legalidade para o da juridicidade e o contido especialmente nos arts. 1º e 8º do novo Código de Processo Civil. Essa fundamentação, constitucionalmente falando, não tem consistência jurídica, pois chega a distinguir, como se fossem institutos diversos, a razoabilidade da equidade, esquecendo-se que a razoabilidade é o novo nome da equidade. A segurança jurídica ali apregoada deve ser buscada na Constituição Federal e também nas leis, mas desde que estas estejam em harmonia com aquela.

O julgamento por equidade não se faz com base em motivos subjetivos do julgador, como se insinua na fundamentação, mas com critérios objetivos, emanados do texto Constitucional, quando a análise do caso concreto.

Razoabilidade, portanto, se confunde com a equidade. O relator do projeto, ao afirmar que a falta de razoabilidade da norma a torna inconstitucional, está correto, mas ao diferenciá-la da equidade está equivocado.

Para Eros Grau (2005, p. 282 – 286) a equidade, que foi tragada pelo ordenamento moderno, é retomada, inicialmente, como razoabilidade e, mais recentemente, como proporcionalidade: "A proporcionalidade não passa de um novo nome dado à equidade".

A equidade é uma forma de justiça que supera a justiça legal. É o uso do bom senso ou adaptação razoável da lei ao caso concreto. É a consciência da ideia do justo que gradativamente vai formando a sociedade.

[1] Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ouvidor-Substituto da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Biênio 2021/2022). Membro fundador da Academia Brasileira de Letras da Magistratura. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Pós-Doutor pela Universidade Federal do Paraná (2014), com o tema "A inconstitucionalidade da vedação do julgamento por equidade", ainda possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1974), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Atualmente é professor assistente da Universidade Tuiuti do Paraná, professor titular da Escola Superior da Magistratura do Paraná, professor do Instituto Romeu Felipe Bacellar, professor - OPET, professor visitante - Abdconst, professor visitante da Universidade Positivo e professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito tributário, meio ambiente, recurso, direito constitucional e trânsito. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5557688561501648.

Não é o caso concreto que tem que se adaptar a lei, mas sim o contrário, ou seja, a lei adaptar-se ao caso concreto.

Ser julgado por equidade é um direito fundamental que decorre do devido processo legal substantivo, que permite a análise corretiva da lei, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, para evitar que sua aplicação gere consequências iníquas.

As leis são, muitas vezes, ditadas para favorecer interesses particulares e não ao bem comum, é por isso que o nosso sistema permite a interpretação corretiva das leis, como se extrai do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que diz: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Nessa interpretação corretiva está inserida a equidade.

No mesmo sentido o art. 8º do CPC de 2015:

> Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência

É importante notar que o juiz não julga apenas com base na lei, a lei é insuficiente para a prestação jurisdicional. O juiz deve solucionar os casos utilizando-se do ordenamento jurídico que é muito mais abrangente que a lei; esta é apenas uma parcela daquele, e no ordenamento jurídico está inserido a equidade, com o nome de razoabilidade e proporcionalidade.

O juiz, portanto, não pode ficar adstrito ao texto da lei. Na lição de Jorge Miranda (2002), o maior vício do positivismo consiste na rendição do jurista perante o legislador; o Direito está acima e para além da lei; há valores suprapositivos a atender.

Marinoni (2006), ao tratar da nova concepção de Direito e a transformação do princípio da legalidade, conclui que atualmente a Lei, como resultado da coalização das forças dos vários grupos sociais, frequentemente adquire contornos egoísticos e nebulosos; portanto, há necessidade da mesma ser controlada por princípios de justiça. A Lei não vale mais por si; deixa de ter apenas uma legitimação formal, sua legitimidade depende de sua conformidade com os princípios constitucionais. Por isso, conclui o processualista paranaense:

> [...] não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e de direitos fundamentais.

Para Antonio Manuel Peña Freire (2020): "frente al império de la ley, surge ahora el império de la justicia como uma forma de compaginar ley y práxis jurídica com los princípios y valores constitucionales".

Fácil concluir que pelo devido processo legal constitucional a equidade, que se identifica com a razoabilidade, com a proporcionalidade e com a vedação do excesso, pode e deve estar presente em toda decisão judicial, independentemente das equivocadas limitações contidas no parágrafo único do art. 140 do Código de Processo Civil de 2015, pois essas limitações não se harmonizam com o Estado constitucional de Direito e decorrer de uma premissa errônea, ou seja, de considerar a equidade um instituto diverso do da razoabilidade.

O julgamento por equidade é um Dever Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Parecer nº 956, de 2015. Da comissão temporária do Código de Processo Civil sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil. Relator: Senador Vital Rêgo. Disponível em: file:///C:/Users/081733~1/AppData/Local/Temp/MATE_TI_159354.pdf. Acesso em: 10 ago. 2022.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. La constitución del Estado de derecho. Anuario de filosofía del derecho, n. 36, p. 87 - 110, 2020.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme, Curso de Processo Civil. Teoria geral do processo. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Anderson Ricardo Fogaça[1]

Karen Paiva Hippertt [2]

Leonardo Peteno Magnusson [3]

O homem é um animal político. É da sua natureza o viver e conviver em sociedade, de forma que é impensável o ser humano isolado no decorrer da história da humanidade.

Do mesmo modo, o é o conflito, natural, fenômeno inerente às relações humanas, à luz da complexidade e particularidade dos indivíduos que convivem no dia a dia social.

Na sociedade líquida moderna ele vem, ainda, a se tornar cada vez mais frequente, com um aumento expressivo da conflituosidade nas relações.

Inobstante, se por muito tempo viu-se apenas a faceta negativa do conflito, como sendo, ele, algo a ser evitado, com Max Weber a compreensão volta-se aos aspectos positivos.

Conquanto adequadamente gerido, o conflito possibilita a evolução e aprimoramento, recorrendo-se a soluções mais criativas e inovadoras.

[1] Doutorando na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Juiz auxiliar da Presidência noTribunal de Justiça do Paraná – TJPR.

[2] Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, no Centro Universitário Curitiba. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2019/2021). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5863810703081925. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3991-8850.

[3] Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense. Servidor do TJPR. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0678014620036610. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9016-4620.

A medida que a sociedade evoluíu, a autotutela deu lugar a heterocomposição, sendo que, na contemporaneidade, à jurisdição, na figura do Estado-juiz, atribuíu-se papel de destaque, ocupando posição central no ordenamento jurídico.

A ideia da decisão imposta por terceiro como única saída existente a resolução dos conflitos, no entanto, foi responsável pela crise da jurisdição.

Com a multiplicação de demandas e limitação orçamentária, e de pessoal, a justiça passou a lutar contra o tempo na entrega de uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

A crise deu lugar a um novo paradigma de resolução de conflitos engendrado, inicialmente, pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses.

Ato contínuo, o Código de Processo civil passa a adotar àquilo que ficou conhecido, importado do direito estrangeiro, e adaptado a realidade local, de sistemática multiportas, voltada a resolução adequada dos conflitos.

Nesta acepção, tem-se que há um método mais adequado a resolução de cada conflito em específico, para além da decisão imposta por terceiro.

Isto é, ao lado da jurisdição, a parte terá à sua disposição, a mediação, conciliação e arbitragem, soluções outras, devendo optar pelo caminho que entender mais adequado.

No caso dos métodos autocompositivos, em especial, às partes são encorajadas à que, juntas, de forma pacífica e dialogada resolvam seus próprios conflitos.

A lógica adotada se aproxima à ideia de cidadania participativa constitucional e que confere a sociedade o pioneirismo, inclusive, quando da resolução de seus próprios problemas.

Quem melhor do que os próprios envolvidos no conflito para chegarem, pacificamente, a uma solução capaz de atender a múltiplos interesses?

No caso dos autos de um processo, a lide sociológica e questões subjacentes ao conflito ficam de fora. A escalada do conflito é potencializada e o resultado obtido, necessariamente, será soma zero, porquanto uma parte sairá vencedora e outra perdedora.

No decorrer da marcha processual, o que realmente interessa à pacificação e solução duradoura, sequer é levado em consideração, uma vez que, à resolução adjudicada por sentença, apenas cabe sopesar questões procedimentais, meritórias e fáticas, estas últimas, quando interessarem ao deslinde da questão.

Diferentemente, na mediação comunitária, o mediador, integrante da comunidade, identifica os valores e interesses existentes na relação interpartes buscando auxiliar no resgate dos laços afetivos.

Trata-se de mecanismo simples, ágil, célere, eficaz, sigiloso e coomperativo que estimula a resolução pacífica e dialógica dos conflitos.

Insta salientar, ainda, que há uma verdadeira ausência de participatividade no país, que se refelte em muito na elevada taxa de litigiosidade.

Tendo como exemplo o ano de 2020, os dados do Relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça indicam o ingresso de 17,6 milhões de ações originárias, mesmo com a redução de – 12,5% em relação ao ano anterior.

O caráter educativo da mediação comunitária, não só dela, mas dos métodos adequados como um todo, possibilita a frutificação de valores, habilidades e atitudes mais alinhados a ideia de cidadania, permitindo uma maior participação social.

Auxilia, também, na redução das desigualdades, reestruturação do convívio social, sedimentação de uma cultura inclusiva, pacífica, firmada nos valores da solidariedade e cooperação, compreendendo a lógica da cidadania.

Assim, a prática demonstra a aptidão transformadora que possui a mediação comunitária, que transcende aos próprios autos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). Manual de Mediação Judicial. 6. ed. 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; COSTA, Ilton Garcia da; JÚNIOR, Eliezer Siqueira de Sousa. Consensual jurisdiction: organization and instruments of the new procedural system. Revista Jurídica - UNICURITIBA, v. 1, n. 50, p. 76 - 98, jan. 2018.

CARVALHO, Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda Paes de. A mediação comunitária como instrumento de prática da cidadania e da democracia: A experiência do estado do Ceará. I Conferência Nacional de Políticas Públicas Contra a Pobreza e a Desigualdade. Natal, 2010.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO SOBRE UMA CULTURA DE PAZ (ONU). Disponível em: http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20%20ONU.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Mediação, Cidadania e Emancipação Social. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NETTO, José Laurindo de; Leal, Jenyfer Michele Pinheiro; GARCEL, Adriane; PAGGIATO, Luciana. Mediação Comunitária: Um Mecanismo para a emancipação do ser humano. Relações Internacionais no Mundo Atual, v. 3, p. 39-56, 2020.

RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um mapa para os desnorteados, 2002. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação. Brasília: Brasília Jurídica.

SALES, Lília Maia de Morais. Mediação de conflitos: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.