

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO TISS: ENTRE O RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O LIVRE MERCADO*

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF TISS: BETWEEN THE RESPECT FOR HUMAN RIGHTS AND FREE MARKET

*Germano Schwartz***

*Rafaela Lemos Guilherme****

RESUMO

O presente ensaio tem por escopo analisar como o padrão de Troca de Informações em Saúde Suplementar viola a privacidade dos dados pessoais dos pacientes e, ainda, se fere um dos princípios fundamentais da medicina: o sigilo médico. Verifica, no entanto, uma possível solução para o conflito entre os princípios constitucionais do interesse público e os da privacidade e da intimidade mediante a aplicação da proporcionalidade. Com isso, pretende-se, por fim, demonstrar que o respeito aos direitos fundamentais sobrepõe-se aos interesses do livre mercado como questão de preservação da unidade jurídica.

Palavras-chave: Direito à saúde; Direitos fundamentais; Direito à privacidade; Direito à intimidade; TISS.

ABSTRACT

The present essay has for target to analyze how the pattern of Exchange of Information on Health Supplemental violates the privacy of personal data of

* Artigo resultante de pesquisa financiada pelo CNPq em sede de Pibic na Universidade Luterana do Brasil. Originou-se do projeto de pesquisa intitulado “A teoria do direito aplicada aos direitos fundamentais: do positivismo à autopoiese do direito”, vinculado ao grupo de pesquisa CNPq “Constitucionalismo e direitos fundamentais” e à linha de pesquisa “Direito do estado e direitos fundamentais” do PPGD-Ulbra/Canoas.

** Pós-doutor em Direito (University of Reading). Doutor em Direito (Unisinos) com estágio doutoral na Université Paris X – Nanterre (Centre de Theorie du Droit). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Ulbra/Canoas. Coordenador do Curso de Direito da Esade – Laureate International Universities. Professor do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha. Pesquisador da UnP. Correspondência para/Correspondence to: Avenida Caí, 735, Casa 7, 90810-120, Porto Alegre-RS. E-mail: germano.schwartz@globo.com.

*** Acadêmica de Direito (Ulbra). Bolsista Pibic/CNPq. Correspondência para/Correspondence to: Rua Antonio Ficagna, 1257, Bairro Fátima, 92200-690, Canoas-RS. E-mail: rafa.lemos@yahoo.com.br.

the patients and, even if it hurts one of the fundamental principles of medicine: medical confidentiality. It verifies, on the other hand, a possible solution to the conflict between the constitutional principles of public interest and the privacy and intimacy through the application of proportionality. Thus, it is intended to eventually demonstrate that the fundamental rights take precedence over the interests of the free market as a matter of preserving the legal unit.

Keywords: Right to health; Human rights; Right to privacy; Right to intimacy; TISS.

INTRODUÇÃO

É fato que o acúmulo de informações sobre diagnósticos e tratamentos tem contribuído para o conhecimento científico sobre as doenças. Dessa forma, não se pode esquecer da dependência do avanço da saúde em função do conhecimento de seu polo oposto, mas integrador da unidade distintiva sanitária (doença)¹. Não se discute, pois, que os bancos de dados e cadastros relativos a pacientes mostram-se de grande valia para a promoção da saúde e bem-estar de uma população.

Nesse sentido, e com o intuito de buscar uma melhora na qualidade da saúde brasileira², a Agência Nacional de Saúde Suplementar criou um sistema de unificação das guias dos planos de saúde. Pretende, com isso, facilitar o intercâmbio dos dados dos prontuários médicos.

A medida traz uma série de benefícios de interesse público. Porém, a que preço? A proteção dos direitos humanos fundamentais também é de interesse da coletividade. Ademais, como salientado por Canotilho, “o Estado de Direito é o Estado dos direitos fundamentais”³. A questão básica repousa em um aspecto desde há muito debatido na doutrina constitucionalista contemporânea⁴: quais são os limites do Estado-Regulador perante a necessária defesa dos direitos humanos fundamentais? É diante desse quadro, com o uso do TISS como pano de fundo da questão, que o presente artigo pretende desenvolver sua linha argumentativa.

¹ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 60.

² MINISTÉRIO DA SAÚDE, AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *TISS: troca de informações em saúde suplementar*. p. 6 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/_hotsite_tiss/pdf/texto_completo.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2010.

³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de direito*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32571/31782>>. Acesso em: 18 fev. 2010. p. 19.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (Org.). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309.

O QUE É TISS?

A Troca de Informações em Saúde Suplementar (TISS) é o novo padrão estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para unificar as guias de todas as operadoras de planos de saúde. Seu objetivo, declarado, é o de facilitar o registro e a transmissão de dados⁵.

Importante referir que os dados coletados serão retirados dos prontuários dos pacientes, disso resultando um banco de dados de caráter público. Os prontuários servem para garantir que as informações referentes aos fatos e aos eventos clínicos sobre cada indivíduo sejam preservadas. Dessa forma, o diagnóstico teria maior precisão e também se permitiria uma avaliação do paciente de forma rápida e com menor probabilidade de erro. Esse método foi desenvolvido por médicos e enfermeiros com o objetivo de facilitar o acesso às informações de cada paciente por todos os profissionais envolvidos no atendimento⁶. Posteriormente, com o intuito de garantir maior efetividade, segurança e agilidade, surgiram os prontuários eletrônicos.

Os dados registrados nos prontuários possibilitam a análise dos tratamentos utilizados, quais formas as terapêuticas deram resultados positivos, como foi a resposta dos pacientes ao tratamento e quais os seus custos. Dessa maneira, a ANS sustenta que o sistema TISS trará uma série de benefícios como a facilitação na coleta de informações para estudos epidemiológicos e definição de políticas em saúde, fundamentando as estatísticas da Agência e de outros órgãos governamentais. Destarte, possibilitará uma melhora significativa na qualidade da assistência à saúde, conforme salientado por Clóvis Lima⁷:

O cadastro de beneficiários dos planos de saúde das operadoras privadas possibilita estudos de demografia, viabilizando, por exemplo, comparações das frequências por sexo e faixa etária em relação à população em geral. O cadastro de beneficiários pode também funcionar como base para estudos e pesquisas epidemiológicas, com verificação da frequência de eventos vitais através dos sistemas de notificação de nascidos vivos, de notificação compulsória de agravos e de informações de mortalidade do Sistema Único de Saúde (SUS).

⁵ Para mais informações, acesse-se o site da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/site/_hotsite_tiss/f_materia_15254.htm>. Acesso em: 1º out. 2009.

⁶ SLEE, SLEE e SCHIMITD apud MASSAD, Eduardo et al. *O prontuário eletrônico do paciente na assistência, informação e conhecimento médico*. São Paulo: H. de F. Marin, 2003. p. 1. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/13896465/Prontuario-eletronico-do-paciente-PEP#>>. Acesso em: 20 out. 2009.

⁷ LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro. *Informação e regulação da assistência suplementar à saúde*. 2005. 110 f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://acd.ufrj.br/~liinc/publicacoes/miolo_regulacao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2009. p. 67.

Ressalte-se que o Sistema Único de Saúde (SUS) adotou, a partir de 2006, a utilização do Cartão Nacional de Saúde para identificar os usuários da rede pública e possibilitar a formação de um cadastro dos usuários e a construção de uma base de dados de históricos clínicos⁸.

Embora traga muitas vantagens, é importante considerar que, dentro da estrutura do ordenamento jurídico pátrio, mesmo dentre relações privadas, o respeito aos direitos humanos fundamentais erige-se como um verdadeiro limite normativo com a função de (a) preavencimento desses direitos em situações que coloquem em perigo sua eficácia e (b) orientação dos julgadores em relação a *cases* em que, por exemplo, o livre mercado procure aplicar sua lógica em detrimento da racionalidade do Direito⁹. Resta, portanto, a pergunta: o TISS está vinculado ao respeito aos direitos fundamentais?

O TISS ESTÁ VINCULADO AO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS?

Uma questão muito debatida é a que diz respeito à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Como compatibilizá-los com a autonomia privada? As relações entre os cidadãos devem sofrer ingerência dos direitos fundamentais, ou esses regulam apenas as relações entre o Estado e o indivíduo?

Antes do pacto social, os direitos humanos fundamentais eram aplicados nas relações entre particulares, uma vez que no estado de natureza ainda não havia poder estatal. O contrato social teve por objetivo garantir e promover a eficácia desses direitos¹⁰. Dessa forma, conforme ensina Emmanuel de Castro Pinto, “para o jusnaturalismo contratualista, os direitos humanos eram realidades pré-políticas, anteriores à criação do Estado, direitos naturais que valem também no âmbito das relações privadas”¹¹.

O liberalismo-burguês, entretanto, concebia os direitos humanos fundamentais como um limite ao poder estatal a fim de preservar a liberdade individual e social¹². Conforme esse entendimento, na esfera privada as relações se dariam entre iguais e, portanto, possuiriam autonomia para regular seus próprios interesses¹³.

⁸ Para mais informações veja <<http://dtr2001.saude.gov.br/cartao/>>. Acesso em: 21 out. 2009.

⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 91-95.

¹⁰ PINTO, Emmanuel Roberto Girão de Castro. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 6, n. 2, p. 173, ago./dez. 2008.

¹¹ *Ibid.*, p. 175.

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 275.

¹³ PINTO, *op. cit.*, p. 167.

Todavia, com o surgimento do Estado Social, restou claro que as relações particulares não se davam entre iguais, mas, sim, entre indivíduos economicamente desiguais, em que quase sempre prevaleciam os interesses do mais forte. A partir desse contexto, surge a necessidade de se equilibrar essas relações, respeitando-se o indivíduo como ser humano¹⁴.

Ademais, o fortalecimento do constitucionalismo fez com que a Constituição ganhasse *status* de ordem jurídica fundamental, promovendo a unidade de todo o ordenamento jurídico e deixando de ser, apenas, o estatuto do poder público¹⁵. Resta claro, portanto, que os princípios constitucionais regem, não apenas as relações entre Estado e indivíduo, mas também as relações estabelecidas apenas entre particulares. Nessa ótica, a tutela e a promoção da dignidade da pessoa humana não são fundamentos exclusivos do direito público, mas de toda a ordem jurídica, como salienta Jörg Neuner:

(...) a dignidade da pessoa não pode ser violada apenas por atos contrários à lei, mas também pela injustiça [*Unrecht*, literalmente: não direito] na forma da lei. (...) Por outro lado, a dignidade da pessoa não pode ser violada apenas pela ação do Estado, mas também por cidadãos individuais¹⁶.

Merece destaque a decisão que confirma o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir

¹⁴ PINTO, op. cit., p. 168.

¹⁵ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 306.

¹⁶ NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 253.

à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO¹⁷.

No que tange à compatibilização da autonomia privada com os direitos fundamentais, Wilson Steimmetz lembra que, conforme os ensinamentos de

¹⁷ Recurso Especial n. 20.1819-RJ, 2ª Turma, Supremo Tribunal Federal, Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. em: 11.10.2005. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=direitos e fundamentais e relações e privadas&base=baseAcordados](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=direitos+e+fundamentais+e+rela%C3%A7%C3%B5es+privadas&base=baseAcordados)>. Acesso em: 15 fev. 2010.

Robert Alexy, tanto a autonomia privada como os direitos fundamentais possuem características de princípios e que, portanto, a sua ponderação deve se dar mediante a aplicação da proporcionalidade nos casos em que a autonomia privada restrinja algum direito fundamental¹⁸.

Logo, pode-se entender que o sistema TISS está vinculado aos direitos fundamentais e, portanto, deve respeitar os princípios da privacidade e da intimidade e, em especial, o princípio basilar de todo ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Como ensina Judith Martins-Costa, os Direitos da Personalidade elencados pelo Novo Código Civil vieram “revelar o núcleo da dimensão existencial do Direito Civil – os quais são desenvolvidos e concretizados à vista do que é o ‘valor-fonte’ do ordenamento, a pessoa humana, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional”¹⁹.

O TISS E A FUNÇÃO REGULATÓRIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS)

O Estado, mediante políticas governamentais, tem transferido a execução de alguns serviços públicos para o setor privado. Com o intuito de promover a regulamentação, o controle e a fiscalização desses serviços, foram criadas as agências regulamentadoras, instituídas como autarquias sob regime especial. Essas agências, por serem regidas por um regime especial, possuem alguns privilégios, como a independência administrativa, a autonomia financeira e o poder normativo. Esse último possibilita que as agências regulamentem as matérias de sua competência²⁰.

Importa destacar que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é uma agência reguladora e, portanto, uma autarquia. As autarquias, conforme ensina Luis Roberto Barroso, são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, a fim de desempenhar atividades administrativas sob regime de direito público²¹. Assim, exercem competências próprias do Estado, submetendo-se aos princípios que regem a Administração Pública.

¹⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 216-225.

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 71.

²⁰ KARAM, Fabiana Silveira. *As agências reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. 2008. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. p. 57. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=920>. Acesso em: 16 fev. 2010.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 1, fev./mar./abr. 2005, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

Um dos princípios administrativos que merece referência é o da eficiência administrativa. Tal princípio consiste na ideia de que a administração pública deve ser exercida de forma a “obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”²². Cumpre salientar que, caso haja colisão entre a eficiência e algum direito fundamental, dever-se-á buscar uma ponderação dos bens jurídicos envolvidos, de forma que se preservem ao máximo todos os valores conflitantes²³, mesmo que disso resulte a redução da eficiência administrativa.

A Lei n. 9.961, de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, em seu artigo 3º estabelece como finalidade da ANS a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. Como já dito, o padrão de Troca de Informação em Saúde Suplementar tem como um de seus objetivos fazer com que os dados coletados sirvam de fonte de informação aos gestores públicos para a implementação de políticas públicas. Nessa linha de raciocínio, a introdução do sistema TISS é de interesse público e, portanto, cabe à ANS promovê-lo. Além disso, a ANS tem por função coordenar e monitorar a implantação do TISS em nível nacional, de forma eficaz, porém nunca em detrimento dos direitos fundamentais.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS: INTIMIDADE, PRIVACIDADE E O SIGILO MÉDICO-PACIENTE

Um dos pontos mais relevantes e de grande preocupação no que se refere ao sistema TISS é o sigilo dos dados pessoais dos pacientes, em especial àqueles que dizem respeito ao seu estado de saúde. Já existem normas que tratam do assunto, como o Código Penal (art. 154), o Código de Processo Penal (art. 207), o Código de Processo Civil (art. 347, II; art. 363, IV, e art. 406, II), o Código de Ética Médica (CEM) (Capítulo I, inciso XI, e todo o Capítulo IX), resoluções do Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM n. 1821, de 23 de novembro de 2007) e, inclusive, diplomas da própria Agência Nacional de Saúde Suplementar (RN n. 21, de 12 de dezembro de 2002, e a RDC n. 64, de 10 de abril de 2001).

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, estabeleceu como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, atribuindo-lhe,

²² ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 1, nov./dez. 2005 e jan. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXAN DRE%20ARAG%C3O.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

²³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15706/15270>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

assim, o valor supremo da ordem jurídica democrática²⁴. Destarte, a dignidade da pessoa humana é uma das razões da existência da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer sobre os demais, conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes, e, quando houver conflito entre princípios de igual importância hierárquica, a medida da ponderação já está determinada em favor da dignidade humana²⁵. E, ainda, segundo a mesma autora “somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados”²⁶. O Estado existe em função da pessoa²⁷, e o parágrafo único, do artigo 1º, da nossa Carta Política torna isso evidente quando declara que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana, foi estabelecido pela Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso X, que o direito à privacidade e à intimidade são invioláveis. Ademais, o Código de Ética Médica estabelece como princípio fundamental da medicina que o médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções²⁸, uma vez que, alguns dados obtidos pelos médicos, se revelados, poderiam causar prejuízos morais e econômicos aos pacientes. Além disso, como ensina Genival França, “para que uma profissão seja respeitada, faz-se necessário que os que a praticam sejam ética e moralmente confiáveis, e o sigilo profissional é uma das formas mais evidentes de como aquilatá-la”²⁹. Vale lembrar, ainda, que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes e, portanto, devem observar os princípios da privacidade, da intimidade e da dignidade da pessoa humana. Giza-se que integram o segredo médico a natureza da enfermidade, as circunstâncias que a rodeiam e o seu prognóstico³⁰.

Nessa ótica, é um dever *prima facie*, de todo profissional que atua na área da saúde, o resguardo dos dados do paciente, ficando evidente que o sistema TISS viola os direitos fundamentais do paciente e rompe com o princípio do sigilo médico. A jurisprudência ratifica esse entendimento. Uma decisão da 4ª Turma

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 69.

²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119.

²⁶ *Ibid.*, p. 119.

²⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 68.

²⁸ Novo Código de Ética Médica, Preâmbulo, Capítulo I, Princípios Fundamentais, inciso XI. Disponível em: <<http://www.cremers.com.br/pdf/novocodigoeticamedico.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2009.

²⁹ FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 8.

³⁰ *Id.*

do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp n. 159.527-RJ (Registro n. 97.0091690-1), declarou:

EMENTA: SIGILO MÉDICO. ÉTICA MÉDICA. PRONTUÁRIO. CLÍNICA. SEGURADORA.

Viola a ética médica a entrega de prontuário de paciente internado à companhia seguradora responsável pelo reembolso das despesas.

Recurso conhecido e provido³¹.

Há ainda decisões provenientes de outros tribunais que seguem o entendimento do STJ:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – PRONTUÁRIOS – SIGILO MÉDICO – ÉTICA MÉDICA – CASO ESPECÍFICO – REQUISIÇÃO JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE.

De acordo com o Código de Ética Médica (Lei n. 3.268/57) e a Instrução n. 153/85, da Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, a entrega de documentos contendo dados de interesse médico às instituições públicas ou privadas, sem a devida e expressa autorização do paciente, de seu responsável legal ou sucessor, viola a ética médica.

A sua requisição judicial deverá ser determinada apenas quando houver interesse público que recomende sua requisição para instrução de processos judiciais, entretanto, deverão ser adotadas providências no sentido de se resguardar o sigilo profissional da classe médica³².

No entanto, oportuno referir que o artigo 73 do mesmo Código dispõe, ainda, que apenas por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente pode haver a quebra do sigilo médico. Como bem explica Genival França

(...) fica entendido como justa causa o interesse de ordem pública e social que autoriza o não cumprimento do sigilo, mesmo sabendo-se que essa violação agride a tese do segredo profissional, mas que se o faz

³¹ Recurso Especial n. 15.9527-RJ, 4ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ruy Rosado de Aguiar, j. em: 14.04.1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700916901&dt_publicacao=29-06-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

³² Agravo de Instrumento n. 2.0000.00.511572-8/000, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Antonio Sérvulo, j. em: 14.09.2005. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=511572&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

em favor de interesses relevantes. (...) O que se proíbe revelar é a informação desproposita que tenha por motivo a má-fé, a leviandade e o baixo interesse³³.

Outra questão que pode ser aventada é se não há uma antinomia entre normas constitucionais, uma vez que, por um lado, a Constituição protege a intimidade e a privacidade e, por outro, assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Portanto, cabe ao Estado promover políticas públicas na saúde e, conforme alega a ANS, os dados colhidos pelo sistema TISS serão utilizados para tal finalidade.

Importante destacar aqui a diferença entre regras e princípios. Conforme ensina Alexy:

(...) principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandados de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (...) En cambio, las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay de hacer exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible³⁴ (grifo do autor).

255

Ainda segundo esse autor, quando duas regras entram em conflito, deve-se criar uma cláusula de exceção a fim de declarar inválida uma regra em detrimento de outra, desfazendo-se assim o conflito. Todavia, quando ocorre a colisão de dois princípios, busca-se a sua ponderação³⁵.

Como não há hierarquia entre princípios constitucionais, como resolver essa antinomia? Uma solução seria a aplicação do princípio da proporcionalidade. Tal princípio consiste na ideia de “adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito”³⁶. Por seu intermédio, pode-se compreender que se deve optar pelo meio mais apto para alcançar o fim almejado e que, ainda, produza a menor restrição possível.

³³ FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002. p. 161.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 86-87.

³⁵ *Ibid.*, p. 88-89.

³⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996. p. 71.

Cumpra salientar, também, que existem outros princípios que auxiliam na interpretação das normas constitucionais, dentre os quais podemos destacar o princípio da concordância prática ou da harmonização. Dispõe esse princípio que se deve buscar um ajuste dos bens jurídicos envolvidos, a fim de se evitar o sacrifício total de um em relação ao outro, uma vez que a Constituição garante proteção a todos eles.

No que tange ao TISS, poder-se-ia afirmar que o dever de preservação da saúde pública sobrepõe-se ao dever de sigilo. Entretanto, como referido anteriormente, não se pode sacrificar um direito em detrimento de outro. Deve-se buscar uma ponderação. O sistema de Troca de Informações em Saúde Suplementar (TISS) deveria consistir na coleta de dados que sejam indispensáveis e, em especial, que não fossem revelados os nomes dos pacientes, nem qualquer outro dado que pudesse identificá-los. As informações obtidas deveriam ser utilizadas restritamente para os fins a que se destinam: sociais e científicos.

Contudo, caso dados de identificação dos pacientes sejam revelados, poderá surgir um novo mercado de venda de informações, pois poderá haver recusa de contratação de planos de saúde por parte das operadoras que tiverem acesso às informações coletadas pelo sistema TISS. Cabe às operadoras de planos de saúde zelar pelos dados obtidos, a fim de restringir o seu acesso, como estabelece o artigo 8º da Resolução Normativa da ANS n. 153, de 28 de maio de 2007³⁷.

O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM USAR OS DADOS COLHIDOS

256

O direito do trabalho, ao longo dos anos, influenciou fortemente as conquistas na esfera dos Direitos Humanos. A luta por uma vida mais digna, melhores condições de trabalho e salários mais justos eram as reivindicações básicas dos movimentos operários. Tais reivindicações foram de grande relevância para que os Direitos Humanos fossem reconhecidos, como lembra Hobsbawn:

(...) os movimentos operários europeus surgiram, e conseqüentemente começaram a influenciar a luta pelos direitos humanos e por sua definição, numa época em que o próprio conceito destes direitos estava passando por mudanças bastante profundas. Na verdade, naquela época, uma variedade de tipos de 'direitos' coexistia, cada um influenciando e sendo influenciado pelas características e exigências dos movimentos operários, e pelos desdobramentos causados por sua existência³⁸.

³⁷ “As operadoras de planos privados de assistência à saúde e os prestadores de serviços de saúde devem constituir proteções administrativas, técnicas e físicas para impedir o acesso eletrônico ou manual impróprio à informação de saúde, em especial a toda informação identificada individualmente, conforme normas técnicas estabelecidas na Resolução CFM n. 1639 de 10 de julho de 2002, e na RN n. 21 de 12 de dezembro de 2002, e na RDC n. 64 de 10 de abril de 2001 ambas da ANS”.

³⁸ HOBBSAWN apud NEGREIROS, Karin Corrêa de. *O princípio da dignidade da pessoa humana em face das normas trabalhistas brasileiras: uma abordagem teórica acerca do conflito de normas*. 2005. 172 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Jurídicas, Políticas

A constitucionalização dos direitos fundamentais deu início à busca da sua concretização, e, mesmo nos dias atuais, essa luta mostra-se incessante. No direito do trabalho, a cada dia, surgem novos questionamentos com relação ao tema.

A relação de emprego dá-se entre o empregador e o empregado, sendo que um dos pressupostos dessa relação é a subordinação hierárquica³⁹. O artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) institui o poder diretivo do empregador, uma faculdade unilateral normalmente condicionada às necessidades da empresa, e que se justifica em função de motivos especiais e racionalmente apresentados, tudo em observância aos direitos do trabalhador⁴⁰.

Entretanto, cumpre salientar que o poder diretivo do empregador não é absoluto⁴¹, tendo como limite o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador e o reconhecimento dos direitos do empregado enquanto homem.

Por essa razão, o limite básico e intransponível ao poder diretivo são os direitos fundamentais de qualquer ser humano, dentre os quais podemos destacar o direito à intimidade e à privacidade. Os direitos da personalidade são direitos inerentes ao ser humano, de ordem extrapatrimonial, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, que visam assegurar a dignidade da pessoa humana⁴².

Destarte, uma questão importante é a que diz respeito à discriminação durante o processo de seleção de candidatos a emprego. Como fica o poder diretivo do empregador em selecionar seus futuros empregados se os dados coletados pelo sistema TISS forem divulgados às empresas? Cabe lembrar que a nossa Carta Política veda, em seus artigos 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, e 3º, inciso IV, a discriminação de gênero (sexo), raça (cor), idade, deficiência e de natureza do trabalho. A Lei n. 9.029, de abril de 1995, bem como as Convenções ns. 111 e 117 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) também proíbem a prática discriminatória para a admissão à relação de emprego, ou a sua manutenção. Entretanto, embora não aludam, explicitamente, à discriminação referente ao estado de saúde, tais dispositivos não possuem caráter taxativo mas, meramente, exemplificativo, como refere Arion Sayão Romita⁴³. O caráter exemplificativo deve-se ao fato de que o que se busca com a proibição da discriminação é a proteção da dignidade humana, princípio fundamental da República.

e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí. p. 71. Disponível em: <<http://www.dominio-publico.gov.br/downloadtextocp00610.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2009.

³⁹ CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 82.

⁴⁰ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009. p. 110-150.

⁴¹ CAMINO, op. cit., p. 107.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 242.

⁴³ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. v. 1: Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil, p. 310.

A proibição constitucional de discriminar aplica-se a todos os ramos do direito, inclusive à relação de emprego, em todas as suas fases. Tal princípio deve ser observado desde a fase pré-contratual (admissão), passando pela execução, até o seu término. Conforme destaca Vanessa Karan de Chueiri Sanches “os métodos de seleção devem restringir-se a avaliar exclusivamente a aptidão do candidato para realizar as funções exclusivas ao cargo que deseja ocupar”⁴⁴. Giza-se que não se admite exames de identificação do código genético de candidatos a emprego, para verificação da possibilidade de acometimento de alguma doença. Ademais, é vedada a investigação do vírus HIV/Aids, por meio de exames ou análise de comportamentos de risco, seja no processo seletivo, seja no decorrer do contrato de trabalho. O trabalhador também não é obrigado a informar tal condição. A infecção do empregado não constitui motivo para a ruptura do contrato, conforme orientação jurisprudencial:

EMENTA: NULIDADE DA DESPEDIDA. DANO MORAL. Evidenciado que o desligamento do autor teve por motivação a limitação física decorrente de moléstia incurável, revela-se nula a despedida, por discriminatória, surgindo o dever de reintegrar⁴⁵.

EMENTA: DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. Em atenção ao princípio da continuidade do emprego, bem como no que estabelece a Constituição Federal no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, presume-se discriminatória a despedida arbitrária do empregado com HIV⁴⁶.

No que tange à discriminação no processo de seleção a emprego não se pode admitir que a conduta de um particular impeça a obtenção da relação de trabalho a um ser humano, uma vez que isso caracterizaria abuso do direito de seleção de candidatos conferido ao empregador⁴⁷.

⁴⁴ SANCHES apud ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 311.

⁴⁵ Acórdão do Processo n. 01381-2007-022-04-00-4 (RO) Redator: Beatriz Renck RE Data: 23.09.2009 Origem: 22ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Disponível em: <http://gsa2.trt4.gov.br/search?q=cache:bESBBRNjuT8f:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D32461621+discrimina%C3%A7%C3%A3o%2C+estado+sa%C3%BAde++inmeta%3ADATA_DOCUMENTO%3A2008-10-16..2009-10-16+&access=p&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&lr=lang_pt&client=jurisp&site=jurisp&proxystylesheet=jurisp&oe=UTF-8> Acesso em: 16 out. 2009.

⁴⁶ Acórdão do Processo n. 00789-2008-023-04-00-6 (RO) Redator: Marçal Henri dos Santos Figueiredo Data: 17.12.2008 Origem: 23ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Disponível em: <http://gsa2.trt4.gov.br/search?q=cache:YfQKDEkzHpAJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D30090349+discrimina%C3%A7%C3%A3o%2C+estado+sa%C3%BAde++inmeta%3ADATA_DOCUMENTO%3A2008-10-16..2009-10-16+&access=p&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&lr=lang_pt&client=jurisp&site=jurisp&proxystylesheet=jurisp&oe=UTF-8>. Acesso em: 16 out. 2009.

⁴⁷ CALVET, Otavio Amaral. Discriminação na admissão: direito à integração. *Revista do TRT/EMATRA – 1ª Região*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 44, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://portal2.trtrio.gov.br>>

O artigo 168, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) permite a realização de quaisquer exames médicos complementares, a critério médico, a fim de se verificar a capacidade mental e física, para o exercício da função que irá exercer. Entretanto, tal preceito é limitado. É necessária a comunicação prévia aos trabalhadores de todos os exames admissionais, periódicos e demissionais, sob pena de violar a intimidade corporal do indivíduo e servir como meio para discriminação de trabalhadores, conforme estabelecido no artigo 168, § 5º, da CLT, introduzido pela Lei n. 7.855/89. Os exames médicos devem restringir-se para verificação da aptidão do trabalhador para a função que irá exercer.

Pelo exposto, conclui-se que a licitude das diversas manifestações do poder diretivo do empregador depende de sua conformidade não só com a lei, mas também com os preceitos éticos que devem reger todas as relações humanas, notadamente o respeito aos direitos fundamentais no exercício de seu trabalho. Qualquer manifestação do poder diretivo do empregador deverá sempre ter como limite intransponível o absoluto respeito à dignidade do ser humano.

Destarte, deve-se ter cautela em se disponibilizar os dados coletados pelo sistema TISS a fim de proteger a dignidade do trabalhador e coibir o abuso do poder diretivo do empregador.

O QUE DIZ A LEI DOS PLANOS DE SAÚDE?

A Constituição Federal de 1988 assegura, de forma geral, em seu artigo 199, que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, embora o seu artigo 196 estabeleça que o dever de prestar saúde pertença ao Estado. No entanto, somente a partir de 1991, é que teve início o processo de regulamentação dos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde (PSS) no Brasil⁴⁸. Como resultado desse processo, o Congresso Nacional sancionou, em 3 de junho de 1998, a Lei n. 9.656.

A Lei n. 9.656 foi criada visando regular as operações entre as prestadoras de planos de saúde e seus usuários. No que diz respeito à troca de informações, a referida Lei determina em seu artigo 20 que as operadoras de planos de saúde são obrigadas a fornecer, periodicamente, à ANS, todas as informações e estatísticas relativas às suas atividades, incluídas as de natureza cadastral, especialmente aquelas que permitam a identificação dos consumidores e de seus dependentes,

7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/BIBLIOTECA/CONSULTA_ACORDAOS/REVISTA%20DO%20TRTEMATRA/TRT_REV%2044_JUN_DEZ_2007_DOCTRINA_07_DISCRIMINA%C3%87%C3%83O.PDF>. Acesso em: 17 out. 2009, p. 93.

⁴⁸ CARVALHO, Eurípedes Balsanuo. *A regulamentação dos planos e seguros privados de assistência à saúde no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas*. 2003. 245 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade de Campinas, Campinas. p. 37. Disponível em: < <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000299981> Acesso em: 26 fev. 2010.

incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem. Ademais, caracteriza embaraço à fiscalização a imposição de qualquer dificuldade à consecução dos objetivos da fiscalização, o que implica medidas punitivas.

Importante salientar que a referida lei impede os planos de criar as chamadas “listas negras”. Em seu texto inicial, fica claro que ninguém poderá ter sua proposta de contrato de plano de saúde recusada em virtude da existência de doenças descritas pelo Código Internacional de Doenças (CID). E mais: não poderá ter o atendimento negado ou qualquer outro procedimento que se faça necessário em decorrência desse preenchimento. Entretanto, embora a lei proíba as “listas negras”, sabe-se que as operadoras, tendo acesso às informações sobre as doenças dos pacientes, poderão cobrar mais caro daqueles que utilizam mais o plano de saúde, a fim de intensificar os seus lucros. Refira-se que o artigo 35-G da Lei n. 9.656 dispõe que aos contratos entre os usuários e as operadoras de planos de saúde aplicam-se, de forma subsidiária, as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, cumpre lembrar que o Código de Defesa do Consumidor considera abusivas as obrigações que colocam o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor.

260

Apesar disso, é imprescindível lembrar que, conforme ensina José Luiz Toro da Silva, “todas as ações das operadoras e seguros privados de assistência à saúde são consideradas de relevância pública”⁴⁹, e, por isso, o setor deve submeter-se “à fiscalização e ao controle do Estado”⁵⁰. Esse controle dá-se mediante uma série de medidas, dentre as quais podemos destacar a imposição de contratação, que estabelece que as operadoras não podem negar acesso em razão, por exemplo, da idade ou da condição de pessoa portadora de deficiência.

Dessarte, questiona-se como se dará, efetivamente, a fiscalização da existência dessas “listas negras”, uma vez que a Lei dos Planos de Saúde as proíbe?

CLÁUSULAS ABUSIVAS EM FUNÇÃO DA ADOÇÃO DO TISS

A Constituição Federal estabeleceu, de forma expressa, os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro e, devido à supremacia da Constituição, toda a legislação infraconstitucional deve estar em conformidade com tais princípios. Do mesmo modo, os negócios jurídicos e suas cláusulas devem estar de acordo com as normas constitucionais, sob pena de nulidade. Por essa ótica, podemos concluir que os contratos devem respeitar os princípios da intimidade e da privacidade, ambos constitucionalmente garantidos.

⁴⁹ SILVA, José Luiz Toro da. *Manual de direito da saúde suplementar: a iniciativa privada e os planos de saúde*. São Paulo: M. A. Pontes Editora, 2005. p. 28.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 28.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), lei infraconstitucional, preocupou-se em se adaptar aos princípios elencados em nossa Lei Fundamental e, em seu artigo 4º, estabeleceu que as relações de consumo devem respeitar, entre outros, a dignidade dos consumidores. Logo, se houver uma cláusula contratual em confronto com a dignidade da pessoa humana, esta deve prevalecer em detrimento daquela.

Cumprе salientar que o CDC trouxe uma mudança considerável no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, com seu advento, passou-se de “uma visão liberal e individualista para uma visão social do contrato, na qual a função do Direito é garantir a equidade e boa-fé nas relações de consumo, superando o dogma da autonomia da vontade”⁵¹.

Importa referir que contrato de plano de saúde é o negócio jurídico mediante o qual as partes, contratante e operadora de planos de saúde, autorregulam os efeitos patrimoniais que intentam alcançar, segundo a autonomia de suas próprias vontades⁵². Esses contratos são de prestação de serviços e apresentam-se na forma de contratos de adesão.

O artigo 54 do CDC preceitua que contrato de adesão é aquele em que o fornecedor do produto ou serviço, de forma unilateral, ou, ainda, uma autoridade, estipula as cláusulas contratuais, sem que o consumidor tenha a possibilidade de discuti-las ou modificar seu conteúdo. Ademais, os §§ 3º e 4º do mesmo artigo estabelecem que as condições da contratação devem vir inseridas no corpo do contrato de forma clara, legível e de fácil compreensão, bem como que as cláusulas que implicam limitação ao direito do consumidor devem ser redigidas em destaque.

Giza-se que as cláusulas gerais dos contratos de adesão são reguladas pelo Estado⁵³, sendo consideradas nulas as que estiverem em desacordo com as normas reguladoras. Além disso, conforme ensina Cláudia Lima Marques⁵⁴, existem três pré-requisitos para que as cláusulas gerais possam ser inseridas nos contratos de adesão:

- (1) o consumidor deve ser informado pelo fornecedor quais as condições gerais serão utilizadas no futuro contrato;

⁵¹ BONATTO, Claudio. *Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 34.

⁵² GARCIA, Carolina Ribeiro. *Segurança jurídica nos contratos de planos de saúde no Brasil*. 2007. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Marília, Marília. p. 35. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/395bdac4c7cf6dd714440d765f34c093.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2009.

⁵³ MANDELBAUN, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 118.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 71-73.

- (2) o consumidor deve tomar conhecimento do conteúdo real dessas condições, ou seja, o homem comum deve poder ler e entender o que elas significam, quais as obrigações e os direitos que está aceitando;
- (3) a aceitação tácita ou expressa do consumidor.

No que tange aos contratos de plano de saúde, tais cláusulas devem obedecer às normas estipuladas pela Lei n. 9.656/98 e às resoluções da ANS, a fim de se evitar toda a sorte de abuso contra o consumidor, mediante uma tutela preventiva.

Importante lembrar que o CDC estabeleceu que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, embora a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalide o contrato. O artigo 51 elencou o que considera abusivo, de onde podemos destacar as cláusulas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada. O Código, ainda, define o que é desvantagem exagerada: aquelas que ofendem os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertencem.

Com relação aos bancos de dados de consumidores, o artigo 43 do CDC regula os cadastros de inadimplentes dos serviços de proteção ao crédito. Entretanto, a incidência da norma não se restringe a esse tipo de cadastro, mas, sim, a qualquer espécie de banco de dados ou cadastros que contenham informações de consumidores. Dessarte, podemos considerar o sistema de troca de informações em saúde suplementar como um banco de dados de consumidores e, portanto, deve seguir as regras ditadas pelo artigo suprarreferido.

262

Cumpre destacar aqui que, embora esses cadastros e bancos de dados sejam permitidos, eles devem obedecer a certos parâmetros a fim de se proteger os direitos fundamentais dos consumidores como a privacidade, a intimidade (art. 5º, X, CF/88) e a dignidade da pessoa humana (art. 3º, III, CF/88), princípio fundamental da República.

Um dos pontos de maior relevância é o que se refere ao consentimento expresso do consumidor em prestar as informações que serão utilizadas pelos bancos de dados e, ainda, o direito de acerca da finalidade da coleta. Importante destacar que as informações pessoais prestadas possuem caráter confidencial; logo não podem ser comercializadas ou divulgadas sem a permissão do consumidor. Além disso, o consumidor não pode ter o ato de consumo restringido pelo fato de se negar a fornecer seus dados, desde que não façam parte da normalidade do negócio⁵⁵.

Cabe ressaltar também que o artigo 51, inciso XV, do CDC considera nulas de pleno direito as cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. Dessa forma, fica evidente o caráter meramente exemplificativo, e não taxativo, dos incisos em que o Código elencou as cláusulas abusivas.

⁵⁵ FARENA, Duciran Van Marsen. *Cadastro de consumo: privacidade e direito do consumidor*. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud9/cadastro_consumo.htm>. Acesso em: 19 out. 2009.

Destarte, pode-se considerar abusiva a cláusula que transporta ao consumidor o ônus de opor-se a inclusão de seus dados em cadastros ou bancos, bem como o ônus de manifestar-se contra a comercialização dessas informações.

Cumpra ainda referir que a prática utilizada, especialmente por seguradoras e prestadoras de planos de saúde, de celebrar contratos com base em perfis de consumo ou de risco não poderá propiciar aos fornecedores a invasão da privacidade do consumidor⁵⁶. Tal prática pode ser considerada abusiva, uma vez que fere os direitos constitucionalmente protegidos, quais sejam, o direito à privacidade e à intimidade, bem como viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Imprescindível elucidar ainda que o conteúdo do § 4º, do artigo 43, do CDC, considera os bancos de dados e cadastros relativos aos consumidores, entidades de caráter público, o que torna viável a utilização do *habeas data*, caso ocorra a negativa de fornecimento de informações por parte de seu mantenedor.

Por tudo o que foi exposto, pode-se entender que o padrão TISS, adotado pela ANS para registro e intercâmbio de dados entre as operadoras de plano de saúde, deve obedecer aos mesmos parâmetros supracitados, a fim de que se preserve a dignidade, a privacidade e a intimidade dos pacientes. Assim, reafirma-se a ideia de que, para serem trocados, é necessário o consentimento do paciente em prestar tais informações, ainda que seja preservado o nome ou quaisquer dados que possam revelar a identidade do paciente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente a relevância da troca de informações em saúde, uma vez que proporciona melhoras significativas em sua prestação. Ademais, a saúde é dever do Estado, que deve promovê-la à luz do princípio da eficiência. Entretanto, a nossa Constituição Federal estabeleceu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, e todas as ações estatais devem estar vinculadas a ela. Da mesma forma, o sistema TISS. A troca de informações em saúde não pode violar os direitos fundamentais dos pacientes.

Assim, estamos diante de uma antinomia, cuja solução aponta para uma ponderação, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, em que não haja o sacrifício total de um direito em detrimento de outro. Como bem lembra Humberto Ávila “quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas”⁵⁷. Destarte, a coleta

⁵⁶ FARENA, Duciran Van Marsen. *Cadastro de consumo: privacidade e direito do consumidor*. Disponível em: <http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud9/cadastro_consumo.htm>. Acesso em: 19 out. 2009.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Bahia, Salvador, ano I, vol. I, n. 4, julho de 2001, p. 10 Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2010.

e a transferência de dados devem proteger a identificação do paciente, que deverá consentir que seus dados sejam armazenados e transferidos.

Outro ponto relevante é o que diz respeito ao acesso aos dados coletados pelo sistema TISS. É imprescindível que se garanta a segurança dessas informações, preservando-se a confidencialidade e a privacidade, mediante um controle de acesso. O conhecimento dessas informações possibilitaria às operadoras e prestadoras de planos de saúde estabelecer o preço dos serviços prestados e, inclusive, “escolher” sua clientela com base no histórico da saúde do indivíduo.

Além disso, o acesso às informações coletadas pelo TISS pode, se não houver o devido controle, causar outros danos, como a dispensa, por parte do empregador, do funcionário portador de alguma doença crônica e o surgimento de práticas discriminatórias na contratação de novos funcionários.

Ainda com relação ao uso dos dados pessoais dos pacientes, destaca-se que é imprescindível que o indivíduo autorize, de forma expressa, que os dados constantes em seu prontuário médico sejam coletados e utilizados.

Ademais, e, talvez, o mais importante, é que as informações obtidas sejam utilizadas, exclusivamente, para fins sociais e científicos e não para promover a discriminação entre indivíduos saudáveis e doentes.

REFERÊNCIAS

264

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 1, novembro/dezembro de 2005 e janeiro de 2006, p. 1. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%20C3O.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Bahia, Salvador, ano I, v. I, n. 4, julho de 2001, p. 10. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2010.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 1, fev./mar./abr. 2005, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (Org.). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309-338.

BONATTO, Claudio. *Código de Defesa do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CALVET, Otavio Amaral. Discriminação na admissão: direito à integração. *Revista do TRT/EMATRA – 1ª Região*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 44, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/BIBLIOTECA/CONSULTA_ACORDAOS/REVISTA%20DO%20TRTEMATRA/TRT_REV%2044_JUN_DEZ_2007_DOCTRINA_07_DISCRIMINA%C3%87%C3%83O.PD>. Acesso em: 17 out. 2009.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de direito*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/32571/31782>> Acesso em: 18 fev. 2010.

CARVALHO, Eurípedes Balsanuf. *A regulamentação dos planos e seguros privados de assistência à saúde no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas*. 2003. 245 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade de Campinas, Campinas. p. 37. Disponível em: <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000299981>>. Acesso em: 26 fev. 2010.

FARENA, Duciran Van Marsen. *Cadastro de consumo: privacidade e direito do consumidor*. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud9/cadastro_consumo.htm>. Acesso em: 19 out. 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GARCIA, Carolina Ribeiro. *Segurança jurídica nos contratos de planos de saúde no Brasil*. 2007. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Marília, Marília.

KARAM, Fabiana Silveira. *As agências reguladoras no cenário brasileiro: os mecanismos de proteção do consumidor considerados os respectivos efeitos sociais e ambientais*. 2008. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tede_busca/arquivo.php?codArquivo=920> Acesso em: 16 fev. 2010.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro. *Informação e regulação da assistência suplementar à saúde*. 2005. 110f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://acd.ufrj.br/~liinc/publicacoes/miolo_regulacao.pdf>. Acesso em: 20 out. 2009.

MANDELBAUN, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MASSAD, Eduardo *et al.* *O prontuário eletrônico do paciente na assistência, informação e conhecimento médico*. São Paulo: H. de F. Marin, 2003. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/13896465/Prontuario-eletronico-do-paciente-PEP#>>. Acesso em: 20 out. 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Cartão Nacional de Saúde*. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/cartao/>>. Acesso em: 21 out. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do poder diretivo do empregador*. São Paulo: LTr, 2009.

NEGREIROS, Karin Corrêa de. *O princípio da dignidade da pessoa humana em face das normas trabalhistas brasileiras: uma abordagem teórica acerca do conflito de normas*. 2005. 172 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/downloadtextocp00610.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2009.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

266 NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, Preâmbulo, Capítulo I, Princípios Fundamentais, inciso XI. Disponível em: <<http://www.cremers.com.br/pdf/novocodigoeticamedico.pdf>>. Acesso em: 1º out. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1: Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil.

PINTO, Emmanuel Roberto Girão de Castro. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 6, n. 2, p. 165-188, ago./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26255>>. Acesso em: 11 fev. 2010.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Data de recebimento: 18/05/2010

Data de aprovação: 24/02/2011

A EXIGÊNCIA DE CELERIDADE E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS (A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA)*

THE NEED OF CELERITY AND PROCEDURAL PRINCIPLES (THE PORTUGUESE EXPERIENCE)

*José Manuel Lebre de Freitas***

RESUMO

O texto procede uma análise crítica de alguns pontos da reforma processual civil brasileira do atual Projeto de Lei do Senado 166-2010 em comparação com os movimentos reformistas portugueses. Analisa as questões da citação, contraditório, executividade imediata da sentença, fase preparatória e coisa julgada sob o enfoque da celeridade e dos demais princípios processuais constitucionais.

Palavras-chave: Celeridade; Contraditório; Citação; Efeito suspensivo.

ABSTRACT

The text realizes a critical analysis of a few points of the civil procedure reform in Brazil provided by the Senate's bill 166-2010 in comparison with the Portuguese reform movements. It analysis the issues of citation, right to the answer, immediate enforcement of sentences, preparatory phases and estoppels by judgment under the lenses of celerity and of the remaining constitutional procedural principles.

Keywords: Celerity; Right to the answer; Summons; Suspensive effect.

* Texto da palestra proferida no VII Seminário Ítalo-Ibero-Brasileiro do Superior Tribunal de Justiça brasileiro acerca dos *Novos Rumos do Direito Processual*, ocorrida em Brasília—DF – Brasil em 24 de setembro de 2010.

** Doutor em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Elaborador e colaborador de estudos visando à reforma do Código de Processo Civil português, desde 1985. Membro integrante da Comissão que elaborou as Linhas Orientadoras da Nova Legislação Processual Civil e da 2ª Comissão de Revisão do Código de Processo Civil português. Representante do Governo Português no Conselho da Europa. Perito processualista da Comissão do Conselho Econômico e Social da União Europeia designada para se pronunciar sobre uma regulamentação europeia da penhora de depósitos bancários. Correspondence to: Rua Julio Andrade, 2, 1150, Lisboa-Portugal. Email: jlfreitas@lsc.pt.

1. O mundo contemporâneo conhece, em toda a parte, um aumento exponencial do número de processos cíveis.

Para tanto contribuem a generalização do liberalismo económico, com todos os egoísmos que acarreta, o consumismo desenfreado, o domínio sempre crescente das grandes empresas e a perda progressiva de valores sociais e individuais substituídos pelo culto do arrivismo, do crédito fácil e desta nossa maravilhosa economia a que tudo se subordina. A conflituosidade é maior, há muitas cobranças a fazer, a vontade de resolver pacificamente os litígios é menor.

Por outro lado, o Estado democrático acena aos cidadãos com a cartilha dos seus direitos, os governos prometem maior protecção e mais bens materiais e as decepções vão-se acumulando, porque poços de petróleo não os há em todas as esquinas, quando os há não são para todos e, de qualquer modo, nunca geraram paz, harmonia ecológica ou felicidade.

A luta pelos direitos também se faz nos tribunais e estes não chegam para as encomendas. Os processos arrastam-se, as decisões demoram anos e o poder judicial, que devia ser, no mundo desorientado de hoje, o último poder pacificador e de defesa das instituições, denega justiça, não porque não acabe por julgar, mas porque julga tardiamente e uma justiça tardia equivale frequentemente a uma justiça negada.

182

Em Portugal, de cuja experiência pretendo trazer aqui algum testemunho, os juízes eram, ainda há duas décadas, pessoas respeitadas e os tribunais tidos na conta de fazedores de justiça, em face dos cidadãos e em face da administração. Mas hoje, apesar de a eles se recorrer muito mais do que então, as sondagens revelam um descrédito profundo nos tribunais e nos juízes. Os processos demoram anos e os cidadãos deixaram de confiar.

Perante essa situação, a resposta dos governos tem sido quase sempre a mesma. O aumento vertiginoso do número de acções não permite pensar que o aumento dos tribunais, dos juízes e dos funcionários consiga resolver o problema. Além disso, as reformas judiciais, normalmente, custam caro. Que fazer então? Mudar a lei do processo, diminuindo as formalidades, flexibilizando, dando mais poderes ao juiz, dificultando os recursos e procurando expulsar o utente dos tribunais, mediante a remissão para meios alternativos de resolução dos litígios e a entrega a entidades privadas (em Portugal, os agentes de execução) do poder de penhorar bens, vendê-los em nome do Estado e com isso pagar aos credores.

Tudo certo, desde que não se ofendam os princípios processuais que a Constituição consagra e são a garantia do processo equitativo (o “*due process*” do direito anglo-saxónico – o “devido processo legal” do art. 5 da Constituição brasileira).

E é aqui que vos quero contar um pouco da experiência portuguesa. Como o tempo não dá para tudo, escolho três campos sensíveis do processo civil: a citação, como garantia do direito de defesa; o princípio do contraditório; o âmbito

do caso julgado. E referir-me-ei ainda, seguidamente e com brevidade, a dois outros pontos: a tentativa de conciliação; o efeito do recurso para a Relação. Deixo de fora a acção executiva, porque as evoluções portuguesa e brasileira são muito diferentes e a escolha portuguesa (o agente de execução) põe problemas particulares que, pelo menos por enquanto, não vos dizem respeito. Deixo de fora os recursos (com a excepção da questão do seu efeito) e a uniformização e a concentração jurisprudenciais, porque a complexidade das questões que levantam se compadecem mal com o tratamento apressado que teriam de ter no âmbito da exposição que se segue.

2. Começo, antes da abordagem que me proponho fazer, por referir o sentido da revisão do Código de Processo Civil (CPC) empreendida nos anos de 1995-1996.

Portugal teve em 1939 (no mesmo ano que o Brasil) um CPC que – podemos dizer – vigorou até 1.º.01.1997.

Não é que em 1961 não tenhamos formalmente tido outro código, mas este mais não foi do que uma tímida actualização do código anterior. Posteriormente, sofreu outras alterações – em 1967 (porque havia que o adequar ao Código Civil (CC) de 1966), em 1977 (porque, em consequência da instauração da democracia em 1974, o direito da família foi profundamente alterado no CC) e em 1985 (em que se procedeu a alguma simplificação dos actos das partes). Mas a grande obra de transformação do nosso direito processual estava por fazer.

O CPC de 1939 era um código autoritário. Embora tivesse espelhado a intensa elaboração da doutrina italiana, *maxime* de Chiovenda e de Carnelutti, e tivesse rompido com a excessiva rigidez e formalismo do processo escrito anteriormente vigente, o CPC de 1939, nascido em plena ditadura, enferrou também numa concepção retrógada do processo civil que o passar dos anos foi acentuando.

Portugal foi permanecendo à margem das novas evoluções e desenvolvimentos dos princípios fundamentais do processo civil registados desde o fim da Grande Guerra na doutrina processualista dos Estados europeus situados além-Pirinéus. Só na década de 1980 esses princípios foram pouco a pouco perfilhados pela doutrina portuguesa mais moderna e acabaram, finalmente, por ser legalmente assimilados na revisão do código de 1995-1996.

O desaparecimento do efeito cominatório pleno da falta de contestação, a diversificação dos mecanismos da citação para maior eficácia da acção, a compreensão de todas as derivações do princípio do contraditório, o desaparecimento de normas que violavam a igualdade das partes (“isonomia” para usar o termo brasileiro) e a ênfase da finalidade de obtenção da decisão de mérito contam-se entre as coordenadas duma revisão que esteve virada para a simplificação processual, mas foi respeitadora dos princípios fundamentais do processo civil. O código

oriundo do trabalho de 1995-1996 rompeu, finalmente, com o esquema processual oriundo do CPC de 1939, ainda que sem totalmente o abandonar.

Com a revisão, abriu-se a porta para um caminho em que simplificação e garantia, longe de se antagonizarem, encontravam um equilíbrio feito de conciliação e realismo. Depois dela, havia que ajustar o que a experiência revelasse necessário, mas perseverando no caminho encetado.

O número de processos não parou, porém, de crescer e a vontade de lhes conferir mais celeridade deu lugar a novas evoluções, algumas a meu ver menos desejáveis.

3. Defronto-me aqui, em primeiro lugar, com a área da citação.

Não oferece dúvida que a modalidade ideal de citação passa pelo contacto pessoal entre o funcionário que dela é encarregado e o réu. Este tem de ter conhecimento efectivo do processo para que se possa defender e, salvo o caso do réu naturalmente incapaz de entender o alcance do acto, a certeza do conhecimento é atingida quando ao réu é entregue a petição do autor e dito, verbalmente e por escrito, qual o prazo e o meio de defesa, os direitos que tem e os ónus a que fica sujeito.

Mas esta modalidade ideal compadece-se dificilmente com a complexidade da vida moderna e, designadamente, com a dimensão das cidades actuais. Por isso, a citação pelo correio tem vindo a desempenhar um papel crescente na lei processual de vários países.

Na Europa, a Áustria é, desses, o mais avançado, aí há muito constituindo modalidade exclusiva de citação a carta registada. A domiciliação das pessoas é nesse país obrigatória. A carta é enviada para o domicílio oficial e aí é entregue pessoalmente ao citando, se ele for encontrado. Quando não é encontrado no domicílio, é deixado um aviso com a indicação da data (dia e hora) duma segunda visita. Se, desta segunda vez, o citando volta a não ser encontrado, o empregado dos correios deixa um papel com o valor de citação, a carta registada fica à disposição do citando na Câmara Municipal e, complementarmente, é a este enviada uma carta por correio normal. O citando pode provar que não teve conhecimento do acto, por ter estado ausente do seu domicílio (por exemplo, em férias ou em internamento hospitalar), caso em que o efeito da citação é destruído.

Em Portugal, quando da revisão de 1995-1996, optou-se por privilegiar a citação por carta registada com aviso de recepção, relativamente à velha modalidade da citação por contacto directo com o citando.

A carta é susceptível de ser pessoalmente entregue ao réu ou a alguém que seja encontrado na sua habitação, mas, nesse caso, com a possibilidade de o réu vir a alegar e provar que, sem culpa sua, ela não chegou ao seu conhecimento.

Só quando a carta venha devolvida ao tribunal é que o réu é pessoalmente procurado. Se for encontrado, a citação é feita. Se não for, é deixado aviso (na pessoa que for encontrada ou mediante afixação no local) com a indicação da data em que de novo se tentará a citação pessoal; neste dia, o réu é citado, ou pessoalmente ou mediante entrega à pessoa que for encontrada ou aviso afixado no local, neste caso também com a possibilidade de o réu vir a alegar e provar que, sem culpa sua, não recebeu a citação e mediante o envio ainda, para o domicílio do réu, de uma carta dando-lhe conta da citação feita.

Com este novo regime, ganhou-se muito tempo: anteriormente, encontrar pessoalmente o réu era o resultado duma longa aventura, em que se sucediam requerimentos, despachos, tentativas de citação e repetidos jogos de gato e rato – conforme os casos, inimigos ou, pelo contrário, entre si bem conluiados. A primeira condenação de Portugal no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por violação do prazo razoável, teve lugar porque a citação do réu num caso de acidente de viação levou mais de 6 meses a ser feita; mas havia vezes em que demorava muito mais.

Ora, apesar desses ganhos, houve uma altura em que o Governo entendeu que tudo seria ainda mais rápido se, em vez duma carta registada, fosse enviada ao réu uma carta simples; se esta não lhe pudesse ser pessoalmente entregue, seria deixada na caixa do correio da sua residência, considerando-se assim feita a citação. Podia teoricamente o réu, a quem, aliás, era concedida a dilação de 30 dias antes de se iniciar o prazo para contestar, alegar e provar que a carta não lhe chegara às mãos. Mas esta prova negativa não era fácil: como provar, nomeadamente, que a carta tivesse sido desviada por outrem que, legítima ou ilegitimamente, tenha tido acesso à caixa de correio antes do réu?

Os limites garantísticos do direito de defesa estavam excedidos e houve que recuar: após nova alteração do código, só quando as partes num contrato obrigacional estipulem um domicílio do devedor para o efeito de citação em caso de litígio é que é possível, após duas cartas registadas (não já sem registo) sucessivamente enviadas para esse domicílio, ter-se o réu por citado quando nenhuma delas tenha sido recebida. A celeridade pretendida teve de ceder aos imperativos do direito de defesa.

Mal entendo, por isso, que um regulamento posterior da União Europeia (o Reg. n. 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21.04.2004) tenha vindo admitir que um Estado-membro se contente com a citação por via postal simples para acções de dívida pecuniária movidas contra um devedor domiciliado nesse mesmo Estado (art. 14-1-e do referido regulamento). Não é que o direito europeu promova a citação por esse meio, mas o certo é que a tolera.

Vejo que, nesta matéria, o Projecto de Lei do novo CPC brasileiro não arriscou. A citação pelo correio é admitida, quando o juiz a ordene, mas a carta regis-

tada terá de ser entregue ao próprio réu. Se tal não se conseguir, o réu é procurado pelo oficial de justiça e este só à 3ª vez poderá, havendo suspeita de ocultação, avisar um familiar ou vizinho de que voltará no dia imediato e efectuar então a citação com hora certa.

O direito de defesa é inteiramente respeitado. Mas será que a experiência de celeridade não se compadeceria com a intimação para hora certa logo à primeira deslocação, dispensando a segunda e a terceira? A menos que os oficiais de justiça brasileiros tenham muito maior disponibilidade de tempo do que os portugueses, algum tempo se ganharia abreviando.

Por outro lado, não poderia equivaler à citação com hora certa na pessoa de terceiro a entrega da carta registada a alguém da casa, quando o réu não está, desde que ao réu não fosse negado o direito de provar que ela não lhe foi entregue pelo terceiro e este fosse por isso sancionado? Em Portugal, a experiência deste mecanismo não tem sido má. Mas é certo que esta opção põe problemas que a citação com hora certa pelo funcionário de justiça (ou pelo agente de execução) não põe: comete o crime de desobediência o terceiro a quem são entregues pessoalmente os papéis da citação e que não os entrega ao réu, apesar de intimado para o fazer; já não assim, por o funcionário dos correios não ter poderes de autoridade, o terceiro a quem é entregue a carta registada, com semelhante incumbência.

4. Passo ao princípio do contraditório.

A lei processual portuguesa deu um passo decisivo quando, em 1995-1996, compreendeu que a contrariedade não consiste só na contraposição de requerimento e resposta, mas, de modo mais geral, na concessão às partes, ao longo de todo o processo, de todos os meios de actuação legítima susceptíveis de exercer influência na decisão do litígio. Por isso, proibiu, designadamente, a chamada decisão-surpresa.

Na minha memória estão numerosos casos de decisões irrecorríveis e disparatadas, pelas quais o tribunal surpreendeu as partes sem que nada no processo as fizesse imaginar. Cito dois deles.

Um dia, um advogado entrou-me no escritório perguntando como havia de se defender perante uma decisão por lei irrecorrível, em que o juiz aplicara determinada norma, já revogada por outro diploma. Em face da lei então vigente, nada se podia fazer: a decisão era definitiva, embora o lapso do juiz fosse manifesto e o resultado da distração tenha sido a perda de avultada quantia em dinheiro.

Outra vez, a surpresa veio embrulhada num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. O autor tinha deduzido na acção um pedido principal (entrega duma coisa) e um pedido subsidiário (pagamento duma indemnização). A 1ª instância julgou improcedente o pedido principal e parcialmente procedente o pedido subsidiário, condenando o réu em parte da quantia que o autor pedira. O autor

recorreu para a Relação, dizendo no requerimento de recurso que circunscrevia este ao pedido principal. A Relação deu-lhe razão e condenou o réu neste pedido. Mas o Supremo, para o qual o réu recorreu, revogou a decisão da Relação, com este argumento, de que ninguém se lembrara e que ninguém discutira: ao dizer que recorria para a Relação apenas quanto ao pedido principal, o autor conformara-se com a decisão proferida quanto ao pedido subsidiário, que transitou em julgado, e, como os dois não podiam ser satisfeitos simultaneamente, ficou precluída a possibilidade de discussão sobre o pedido principal. A decisão era definitiva e a lei processual então vigente não permitia ao autor explicar ao Supremo Tribunal, depois dela proferida, aquilo que também não lhe fora consentido explicar antes dela, por não ter sido ouvido sobre o projecto da decisão: que a fórmula que usara no seu requerimento de recurso de apelação significava apenas que não queria pôr em causa a parte do pedido subsidiário que a 1ª instância não tinha atendido, com a consequência, portanto, a manter-se a absolvição do pedido principal, de se conformar com o montante da indemnização, inferior ao por si pedido, que lhe fora fixado. Sabido que o pedido subsidiário está sempre dependente do pedido principal, não era preciso dizer que, se a Relação atendesse este (como atendeu), o primeiro ficaria sem efeito (como a Relação sem dificuldade entendeu – só o Supremo, em perspectiva que ninguém julgara possível, tendo entendido o contrário).

Hoje, a lei obriga o tribunal, em casos como estes, a ouvir previamente as partes, antes de converter em decisão um projecto de solução do litígio diferente dos discutidos até aí no processo. Atrasa-se com isso o momento da decisão? Sim, mas é um atraso que um princípio geral fundamental, inserto no direito de cada um a aceder a uma justiça equitativa impõe, sem sombra legítima de dúvida.

No entanto, decorridos mais de 13 anos sobre a inequívoca consagração desta derivação do princípio do contraditório, muitos juízes portugueses ainda se mostram reticentes à sua plena actuação – como se fosse desprestigiante para a autoridade judiciária ouvir as partes antes de decidir como se julga ser certo.

Fazem-no refugiados na fórmula legal: o art. 3º, n. 3, do CPC determina que o tribunal não pode decidir questões, de facto ou de direito, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem, salvo – acrescenta – em caso de manifesta desnecessidade.

A desnecessidade manifesta é, por natureza, excepcional. Pressupõe que a questão em causa estava manifestamente em discussão e que, embora as partes sobre ela não se hajam pronunciado expressamente nas peças anteriores do processo, nestas é possível ver uma pronúncia implícita; ou pressupõe que a solução da questão só pode manifestamente ser uma, por isso sendo inútil a audição (“uditiva”) das partes. Não basta que o juiz entenda não haver necessidade: é preciso que esta seja manifesta. O adjectivo “manifesta” não está lá por acaso.

Esta foi, na altura, a minha opinião no seio da comissão de revisão do CPC em 1995-1996. Mas recordo que um outro membro da comissão dizia ter receio

da interpretação que fosse dada à ressalva e por isso preferia que ela não fosse introduzida. A regra deveria, segundo ele, não ter restrição explícita. A experiência das decisões que os tribunais viriam a dar à luz do novo regime mostra que era ele – e não eu – quem tinha razão.

Outra derivação do princípio do contraditório consiste em admitir sempre a resposta a uma excepção que a parte tenha deduzido no último articulado admissível na forma processual seguida. O CPC português consagra este direito a resposta, mas aí a conciliação do princípio do contraditório com o da celeridade processual levou a um compromisso: a resposta da parte será dada apenas na audiência, preliminar ou final, dela não ficando o processo à espera.

Na leitura superficial que fiz do Projecto de Lei brasileiro, vi consagrada, no art. 10, a proibição da decisão-surpresa, sem a restrição que tem causado problemas interpretativos em Portugal, o que creio positivo. Mas não vi consagrada a outra vertente do princípio do contraditório a que me referi e que faz falta. O desaparecimento, no Projecto de Lei, do termo “excepção”, tal como do de “reconvenção” e do de “pressuposto” (este só muito vagamente usado no art. 467, IV), não facilita a compreensão de que o direito de resposta às excepções deve ser sempre assegurado a ambas as partes. Diga-se, a propósito, que julgo que o Projecto de Lei não devia abandonar conceitos processuais fundamentais, que provêm duma elaboração doutrinária que data, pelo menos, de meados do século XIX e de que toda a doutrina processualista actual se serve, com base neles ordenando as matérias de que trata.

188

E já que abordo o processo equitativo, que tem como corolário a paridade de tratamento das partes, solenemente afirmada no art. 7º do Projecto de Lei, parece-me que ele é desrespeitado, nesta sua vertente, quando se conjugam os prazos que os arts. 616 e 620 propõem (não examinei o Projecto tão detalhadamente que possa garantir que mais nenhum caso semelhante exista). O primeiro concede ao terceiro que sofra turbação ou esbulho na posse dos seus bens ou direitos, por arrematação, adjudicação ou remição no processo executivo, o prazo de 5 dias para embargar (contados da prática desses actos e não do seu conhecimento, que pode ocorrer mais tarde), e mesmo assim sempre antes da assinatura da respectiva carta. O segundo, mais generoso para com o embargado, concede a este 15 dias para contestar os embargos. No direito português, o prazo (de 20 dias) é igual para o executado se opor e para o exequente contestar a oposição, e é isto que está certo.

5. Passo ao caso julgado.

A celeridade, não tanto do processo, mas na definição do direito, levaria a defender a solução de estender a sua eficácia, subjectiva e objectivamente, de modo a, por um lado, produzir efeitos perante os terceiros (relativamente ao processo)

que sejam parte na relação jurídica controvertida e, por outro, abranger os fundamentos da decisão e não apenas esta.

Mas a aplicação dos princípios do contraditório e do dispositivo conduz às soluções contrárias a essas: por um lado, constituiria uma violência sujeitar pessoas que não tomaram parte no processo às consequências desvantajosas da sentença; por outro lado, se as partes circunscreveram de determinado modo o objecto do processo, não joga com o princípio dispositivo que, mesmo só entre elas, a eficácia da decisão se estenda aos fundamentos da decisão, deixados fora desse objecto. Não tendo o princípio dispositivo consagração constitucional, esta segunda ofensa não tem a gravidade da primeira, que afecta o direito fundamental de acesso à justiça do terceiro que a ela não acedeu e se vê, pela decisão, impedido de aceder no futuro aos tribunais; mas é, mesmo assim, grandemente perturbadora do princípio dispositivo.

Começemos pela questão da extensão subjectiva do caso julgado.

Em meados do século passado, floresceu em França e Itália, com repercussões em Portugal, a teoria chamada dos efeitos reflexos do caso julgado, de acordo com a qual este projectaria nas situações jurídicas de terceiros as repercussões que fossem consequência do modo como o direito substantivo articulasse essas situações com as das partes. Ao fiador, por exemplo, seria oponível a sentença obtida pelo credor contra o devedor principal: o fiador não poderia, depois dela, defender a inexistência da dívida, tendo que acatar a definição que dela fora feita perante o devedor principal.

Esta teoria considera-se hoje afastada, tendo sido nomeadamente acutilante a crítica feita em Itália por Liebman, que a considerava gravemente violadora do direito constitucional de defesa.

Por isso, entende-se hoje que um direito de terceiro só pode ser afectado pelo caso julgado quando a vontade negocial das partes o podia igualmente afectar. Isto é o que acontece no subcontrato: o subarrendamento, por exemplo, extingue-se quando o senhorio e o arrendatário põem fim ao arrendamento; portanto, a sentença de despejo proferida na acção que corra entre senhorio e arrendatário extingue o direito do subarrendatário. Mas o direito de terceiro já não é afectado quando a vontade das partes que actuaram no processo não poderia, se fosse exercida extrajudicialmente, ter esse efeito.

Assim, o Código Civil português é expresso, em vários preceitos, em excluir a sujeição ao caso julgado desfavorável do terceiro que podia ter-se constituído, mas não se constituiu, como litisconsorte voluntário (fiador, proprietário do bem dado em garantia real, credor ou devedor solidário, credor de obrigação indivisível, comproprietário), embora lhe conceda a faculdade de invocar a seu favor o caso julgado favorável. Mais longe do que esta produção de efeitos *secundum eventum litis* não se pode ir.

Está, pois, certo o art. 487 do Projecto de Lei brasileiro quando determina que a sentença não prejudica terceiro. Mas certo é também que se consagre que, em certos casos, a sentença pode, tal como em direito português, beneficiar terceiros. Se, por exemplo, o devedor solidário demandado é absolvido do pedido, não há razão para que não beneficie desta sentença o devedor solidário não demandado. Esta solução parece derivar do art. 863 do Projecto de Lei brasileiro quando, limitadamente ao caso em que haja recursos de vários litisconsortes versando a mesma questão de direito, determina que a primeira decisão favorável proferida prejudica os demais recursos. Não vejo, pois, que tenha razão o Senado ao propor a supressão dessa norma do projecto.

Maiores dúvidas me levanta, porém, a solução do art. 484 do Projecto de Lei (extensão da força de caso julgado às questões prejudiciais expressamente “decididas” na sentença).

Ela está, como já referi, contra o princípio dispositivo. A acção é proposta com um determinado objecto e este é definido pelo pedido deduzido em juízo. O *iter* da decisão leva o juiz a enfrentar questões cuja solução condiciona a resposta final ao pedido, mas que podem ser prejudiciais de outros potenciais pedidos que não foram formulados no processo, e podem nem sequer nele ter sido referidos. Vamos admitir que ficam precludidos?

190

É o caso, por exemplo, de ser pedido o pagamento do preço de um fornecimento e o juiz entender que o contrato de fornecimento é totalmente nulo e por isso o preço não é devido. Supunhamos que este preço é de 10, mas que o preço de outros fornecimentos já efectuados à luz do mesmo contrato é 100 ou 1000 vezes superior. Será a melhor solução considerar que a sentença proferida torna indiscutível a nulidade do contrato, também para o efeito desses outros fornecimentos, de tal modo que, se surgir uma acção que lhes respeite, o fornecedor não possa nela vir a sustentar que o contrato era válido? Repare-se que os interesses envolvidos nesta segunda acção são muito superiores e nela seria por isso expectável um cuidado muito maior das partes e do próprio tribunal na análise da questão da validade/nulidade do contrato.

Creio que estamos aqui perante mais um caso em que a economia ou celeridade processual deve ceder perante os princípios – aqui a vertente do princípio dispositivo segundo a qual às partes cabe definir o objecto do processo e delimitar os pedidos em consequência. Levantada a questão da nulidade, quer o réu, em reconvenção, quer o autor, em ampliação do pedido, pode elevá-la a objecto do processo, como expressamente permite o art. 96-2 do CPC português; mas, se nem um nem outro o fizer, é melhor solução não impor a decisão das questões prejudiciais fora do âmbito do pedido formulado – não porque com isso se ofendesse um princípio constitucional, mas porque toda a construção dos nossos processos civis repousa – e bem – no princípio dispositivo.

Disto se apercebeu a Comissão do Instituto dos Advogados Brasileiros, que, com aceitação na proposta do Senado, propôs que não fosse consagrada essa extensão do caso julgado aos fundamentos.

Leio na justificação da proposta do Senado que é de manter, neste ponto, a solução do código em vigor. Mas, sendo assim, não vejo razão para a substituição do termo “decididas”, actualmente usado (“questões decididas”) pelo termo “resolvidas”, visto que a questão prejudicial não deixa de ser resolvida para se chegar à decisão, mas não é, ela própria, decidida, isto é, objecto da decisão. A mais exacta redacção actual afigura-se-me preferível, mais que não seja para que não haja dúvidas sobre a intenção do legislador de manter o regime actual. Aliás, deve-se evitar tanto quanto possível – e por isso me refiro a este pormenor – alterar a letra da lei quando não se quer alterar o seu conteúdo e a interpretação deste não é ambígua (lição esta, diga-se, que os legisladores infelizmente gostam de ignorar).

6. Duas palavras, finalmente, sobre a experiência portuguesa da tentativa de conciliação e do efeito meramente devolutivo do recurso.

Vejo que o Projecto de Lei pretende tornar, em princípio, obrigatória a tentativa de conciliação e que tal é considerado no preâmbulo um ponto importante da reforma: a citação do réu para a audiência de conciliação é feita logo inicialmente e, se ela se realizar – a falta injustificada do réu é processualmente sancionada –, o prazo para a contestação só conta a partir daí. Não é assim em Portugal.

O CPC de 1939 previa a possibilidade de uma tentativa prévia de conciliação, a realizar em tribunal de paz, sempre que o autor a requeresse. Mas a experiência colhida foi que, na maioria dos casos em que tinha lugar, o único resultado que se conseguia era a demora do processo, que só depois dela se iniciava. Por isso caiu em desuso e foi abandonada no CPC de 1961.

Nos últimos tempos, perante a verificação da lentidão dos órgãos judiciários, os governos e alguma doutrina têm dado grande ênfase aos meios alternativos de composição do litígio, nomeadamente a mediação e a conciliação. Mas, à luz da experiência passada, não se foi, quando da revisão de 1995-1996, além da consagração da sua realização na audiência preliminar (posterior aos articulados), quando esta tenha lugar, bem como da possibilidade de o juiz a convocar, por iniciativa oficiosa ou a requerimento duma das partes, quando a audiência preliminar não se realize. Além disso, no início da audiência final, o juiz perguntará às partes se não há hipótese de conciliação. Mostra a experiência que é sobretudo neste momento que as transacções têm lugar.

O Projecto de Lei brasileiro foi prudente ao estabelecer que o prazo para a contestação se inicia sem necessidade de outro acto de “intimação” do réu. Este esquema existe em Portugal no processo de trabalho e na acção de divórcio e

existiu durante algum tempo na acção de despejo, aqui com resultados quase nulos, que levaram ao seu abandono.

A consequente demora do processo não parece que venha a ser grande. Sugeriria, porém, que o art. 335 do Projecto de Lei fosse mais claro quanto ao que seja não haver audiência de conciliação para o efeito de contagem do prazo para contestar desde a “juntada do mandado ou de outro instrumento de citação”: são abrangidos só os casos em que o juiz dispensa a audiência de conciliação (art. 333, § 7º)? ou também aqueles em que a audiência ordenada não se realize por falta do réu (o que representará uma sanção, talvez nem sempre justificada)? e quanto àqueles em que a falta seja do autor (não se justificando então que a sanção – encurtamento do prazo – recaia no réu)?

Outra reflexão versará sobre a possibilidade, em alternativa, duma audiência preliminar em que a tentativa de conciliação se integre, com ganhos de contraditório, mas com sucesso prático não garantido, porque dependente de dados sociológicos e culturais que muito diferem entre o Brasil e, por exemplo, a Alemanha, onde a experiência da audiência preliminar (não obrigatória) é muito boa. Mas uma pergunta tem de ser feita: está garantido o tratamento igualitário entre um autor que se apresenta na audiência de conciliação com o seu advogado e o réu que ali estará sem advogado nem contestação?

192

O outro ponto a referir sumariamente respeita à experiência da consagração na lei portuguesa, desde 2003, da regra do efeito meramente devolutivo do recurso de apelação (em Portugal, hoje, já não há agravo e o único recurso ordinário para a Relação é a apelação). Tratou-se duma inversão da anterior regra do efeito suspensivo do recurso de apelação (só o recurso de revista – para o STJ – tinha sempre efeito devolutivo).

Essa inversão é dissuasora do uso abusivo do recurso pelo réu e propiciadora de mais rápida consecução da realização do direito na acção executiva. Ao réu condenado que recorre duas garantias são oferecidas: o direito de prestar caução para que ao recurso seja concedido efeito suspensivo ou para que, instaurada a execução e tendo-se-lhe oposto por embargos, estes sejam suspensos; a certeza de que na execução instaurada não haverá pagamento sem que o credor ou credores prestem caução.

Não há assim violação de princípios processuais e o prazo razoável para a realização do direito é abreviado.

Vejo que o Projecto de Lei brasileiro confere ao recurso, em regra, efeito meramente devolutivo, podendo, porém, o relator suspender a eficácia da sentença quando se demonstre a probabilidade de provimento do recurso, com a cautela da exigência de caução ao credor antes do levantamento de depósito em dinheiro ou da alienação da propriedade (art. 491, III). E vejo que, no Senado, houve divergência entre a Sala das Sessões (de acordo com o princípio, mas estabelecendo

excepções diferentes das do Projecto) e a Sala da Comissão (pretendendo manter a regra do efeito suspensivo).

A experiência portuguesa aconselharia que se seguisse a solução do Projecto, com a emenda proposta pela Sala das Sessões do Senado para os casos de excepção. E, a ser tal solução seguida, aconselhará também que se possibilite ao recorrente executado a prestação de caução que evite, fora desses casos, a execução da decisão.

No entanto, a meu ver, para uma opção definitiva entre a manutenção do regime brasileiro actual e a introdução da regra do efeito meramente devolutivo será importante ter em conta os dados estatísticos respeitantes, por um lado, a percentagem de procedência dos recursos para a 2ª instância no Brasil e, por outro, o tempo médio de processamento do recurso e à consequente dilação do início da execução na vigência do efeito suspensivo.

7. A celeridade processual é um valor e há que a defender em nome da natureza fundamental do direito de acção.

O direito à decisão em prazo razoável é deste uma importante derivação e há, inclusivamente, que desejar que a ênfase que o Projecto de Lei põe no controlo do cumprimento dos prazos judiciais venha a ter correspondência na realidade.

Mas a celeridade, como também frisei, não é tudo: se o fosse, bastaria que, proposta uma acção, autor e réu fossem imediatamente convocados perante o juiz e este logo decidisse a causa, sem se perder tempo com alegações, provas, contraditórios, recursos. O processo do futuro há-de ser um processo mais ágil, mas não pode sê-lo à custa de princípios gerais, fundamentais ou apenas estruturantes, cuja elaboração e aperfeiçoamento ao longo de décadas é garantia do processo equitativo.

É que sem processo equitativo não há justiça.

Data de recebimento: 12/10/2010

Data de aprovação: 17/11/2010

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E AS PRESUNÇÕES CONTIDAS NO § 6º, DO ART. 273, DO CPC

THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF CONTRADICTORY AND PRESUMPTIONS CONTAINED IN § 6º, THE ART. 273, OF CPC

Darci Guimarães Ribeiro*

RESUMO

A antecipação do pedido incontroverso da demanda, contido no § 6º, do art. 273, do CPC, encontra alicerce no postulado da efetividade na prestação jurisdicional. O objetivo é evitar que o tempo comprometa a frutuosidade da decisão final, decorrente de uma tutela intempestiva ou incapaz de viabilizar, no plano do direito processual, a tutela pretendida pelo direito material. Afigura-se plenamente compreensível antecipar os efeitos da tutela final no tocante àquela parte que já se mostra, desde o início, incontroversa. Essa decisão antecipatória do juiz que, dentre outras, tem a tarefa de equilibrar a distribuição do ônus do processo, poderá caracterizar decisão interlocutória ou sentença parcial de mérito. Não obstante a existência de fundamentos que deem suporte à concessão dessa espécie de tutela urgente, haverão de ser sopesadas a garantia constitucional do contraditório, bem como as presunções contidas no dispositivo em análise. Concernente ao exercício da *litis contestatio*, haja vista que decorre do princípio do contraditório, deverá ser efetivado, mormente porque tal princípio não contempla exceções. Entretanto, caso a parte contrária não o exercite, ter-se-á caracterizada a incontrovérsia de parte da demanda, não sendo esse o único fator que viabilize a concessão da tutela urgente. Ficará a cargo do juiz, por conseguinte, analisar a idoneidade dos fatos deduzidos pelo autor.

Palavras-chave: Efetividade; Contraditório; Incontroverso; Presunções; Tutela antecipada.

* Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela PUC/RS. Professor Titular de Direito Processo Civil da PUC/RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Correspondência para / *Correspondence to:* Av. Unisinos, 950 – Cristo Rei – 93022000 – Sao Leopoldo-RS – Brasil. E-mail: darci.guimaraes@terra.com.br.

ABSTRACT

Anticipating the application of undisputed demand, contained in Paragraph 6 of art. 273, CPC is the core premise of the effectiveness in providing court. The objective is to avoid the time compromising the fruitful of the final decision, due to a guardianship or unintended unable to make in terms of procedural law, the authority sought by the right material. It is understood fully anticipate the effects of final authority concerning that part which is already shown from the beginning, uncontroversial. This anticipatory decision of the judge that, among others, has the task of balancing the distribution of the burden of the process, it can characterize decision is interlocutory or partial award of merit. Although the existence of grounds that support the granting of that kind of urgent protection, will be balancing the constitutional guarantee of the process, and the assumptions contained in the device in question. Concerning the exercise of *litis contestatio*, given that it follows from the principle of contradiction, to be effective, especially because it does not include exceptions. However, if the party does not exercise, have been characterized to be uncontroversial part of the demand, which is not the only factor which makes the granting of urgent protection. Will be the responsibility of the judge, therefore, examine the suitability of the facts derived by the author.

Keywords: Effectiveness; Contradictory; Uncontroversial; Assumptions; Early tutelage.

132

INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa analisar a antecipação do pedido incontroverso contido no § 6º, do art. 273, do CPC, na perspectiva do princípio constitucional do contraditório, que, em face das várias modalidades processuais ensejadoras da incontrovérsia, pode gerar diversos tipos de presunções e, de acordo com sua natureza, possibilitar ao juiz antecipar o pedido incontroverso a título de decisão interlocutória ou sentença parcial de mérito.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFETIVIDADE E DO CONTRADITÓRIO

A questão de fundo que se apresenta para o debate reside na natureza da decisão que possibilita a antecipação do pedido incontroverso. Inicialmente cumpre destacar que esta questão está inegavelmente ligada à ideia de tempo do processo, que por razões metodológicas não poderei aprofundar¹. O tempo sempre

¹ Nessa ordem de ideias é conveniente destacar as palavras de Denti, para quem “la durata del processo rappresenta de per se stessa un fatto che può arrecare pregiudizio alla parte che ha ragione, poiché la sentenza che definisce il diudizio può operare su una situazione che nel frattempo si è modificata parte (...)” (DENTI, Vittorio. *La giustizia civile. Lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 128 e 129). A esse respeito merecem aprovação as diversas relações havidas entre tempo e processo muito bem expostas por Cruz e Tucci, em seu livro *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.

foi considerado um ônus que as partes devem suportar, porém o grande desafio está em distribuir esse ônus entre as partes. Sabiamente Carnelutti afirmou que “el valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, en gran parte desconocido”, pois “el hecho, en último análisis, no es otra cosa que tiempo, precisamente porque el tiempo, a su vez, en último análisis, no es sino cambio. Por tanto, que el juez opere sobre el hecho, quiere decir que opera sobre el tiempo”². Cumpre ainda destacar as proféticas palavras de Nicolò Trocker, para quem: “a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cómodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição”³.

Não se pode negar que modernamente o juiz é considerado um administrador, um gestor do tempo mais do que um conhecedor do direito, pois sua função precípua no processo é retirar o ônus do tempo de quem não pode suportar e transferi-lo para aquele que pode arcar.

Para complicar ainda mais esta árdua tarefa para a doutrina, a Emenda Constitucional n. 45/2004 criou o direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a sua celeridade, acrescentando o inc. LXXVIII, ao art. 5º, da CF⁴. Reza o citado inciso que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade

² CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971, n. 232, p. 411-412. De aí concluir o autor que as exigências que se colocam ao juiz em ordem de tempo são três: “detenerlo, retroceder, acelerar su curso”, p. 412.

³ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 276-277.

⁴ A doutrina sobre o tema é bastante profícua, cabendo destacar no Brasil, entre outros, MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. 8ª série. p. 1 a 13; Efetividade do processo e técnica processual. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. 6ª série. p. 17 a 29; Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. 3ª série. p. 27 a 41; HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; NICOLITTI, André. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. No direito espanhol, vide, por todos: CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994; MORENO CATENA, V. Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva. *Revista Poder Judicial*, n. 10, 1984. p. 41 a 46. No direito alemão, entre outros, GRUNSKY, W. Reflexiones sobre la eficacia del derecho procesal civil en Alemania. Tradução de Úrsula Vestweber. In: *Para um proceso civil eficaz*. Barcelona: UAB, 1982. p. 143 a 154. No direito francês, consultar especialmente: PERROT, Roger. La eficacia del proceso civil en Francia. Traduzido de Manuel J. Cachón Cadenas. In: *Para um proceso civil eficaz*. Barcelona: UAB, 1982. p. 181 a 202 e, mais recente, MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*. Paris: La Documentation Française, 2004.

de sua tramitação”⁵. Não obstante a atual previsão constitucional da “razoável duração do processo”, já era permitido sustentar, com anterioridade, esta possibilidade, por meio do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, que possibilitava à parte alegar em seu benefício a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de que o Brasil é signatário, pelo art. 8.1, que prevê o direito de a parte ser ouvida dentro de um prazo razoável⁶.

Não se pode negar que esse princípio constitucional tem sido forçosamente imposto pela realidade que urge por uma maior efetividade na prestação jurisdicional⁷, já que o Estado, ao monopolizar a jurisdição, não se comprometeu a prestar qualquer tipo de tutela jurisdicional, senão uma tutela jurisdicional efetiva, adequada ao direito material postulado em juízo⁸.

Em contrapartida, o princípio constitucional do contraditório tem insistentemente cedido lugar a esta nova exigência legal⁹. Cumpre aqui estabelecer certos limites entre esses dois princípios constitucionais. Para tanto, devemos esboçar

⁵ Sobre esse princípio consultar o que escrevi em “A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais”. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio L.; ROCHA, Leonel S. (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 59-61. Também publicado no livro *Direito processual civil: as reformas e questões atuais do direito processual civil*. ARAKEN DE ASSIS; MADEIRA, Luís Gustavo Andrade (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 139-141.

⁶ Dispõe o art. 8.1 dessa Convenção que: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Essa possibilidade já foi por mim defendida quando escrevi, na década de 1990, “A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do *due process of law*”. *Revista de Jurisprudência Brasileira*, n. 173, p. 31 e 32; também publicado na *Revista Ajuris*, n. 60, p. 273-274. Sobre o tema, consultar: CRUZ E TUCCI. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993. p. 99 a 126.

⁷ Isso fica evidente quando nos deparamos com as obras dos processualistas mais renomados do país, entre os quais cabe citar José Roberto dos Santos Bedaque, em sua tese de titularidade na USP, *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. São Paulo: Malheiros, 2006; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, especialmente, p. 165 a 247; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Palestra proferida no Congresso Iberoamericano, em 2008, gentilmente cedida pelo autor. E, em certo sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁸ Sobre o monopólio da jurisdição e a prestação da tutela judicial efetiva, consultar o que escrevi em: RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004, especialmente n. 7.1, p. 75-81.

⁹ A desvalorização do contraditório começa a partir do final do século XIX, segundo o valioso estudo de Nicola Picardi, realizado em “*Audiatur et altera pars*. As matrizes históricos-culturais do contraditório”. PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*. As matrizes históricos-culturais do contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Jurisdição e processo*. Tradução de Luís Alberto Reichelt. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 137 a 140.

algumas noções básicas sobre esse princípio¹⁰ para posteriormente confrontá-lo com a efetividade.

Esse princípio também é conhecido como princípio da *bilateralidade da audiência*¹¹ ou, como dizem os alemães, *Waffengleichheit*¹², ou simplesmente *igualdad*¹³, traduzido no brocardo latino por *audiatur et altera pars*¹⁴. Ele é uma garantia fundamental da justiça, erigido em dogma constitucional na maioria dos países, e.g., na Itália, art. 24 da Costituzione della Repubblica¹⁵; na Espanha, art. 24 da Constitución Española; na Argentina, art. 18 da Constitución Nacional; no Brasil, encontra guarida no inc. LV, do art. 5º, da CF¹⁶.

O referido princípio caracteriza-se pelo fato de o juiz, tendo o dever de ser imparcial, não poder julgar a demanda sem que tenha ouvido autor e réu, ou seja, deverá conceder às partes a possibilidade de expor suas razões, mediante a prova e conforme o seu direito, pois, doutrina Chiovenda: “Como quem reclama justiça, devem as partes colocar-se no processo em absoluta paridade de condições”¹⁷. Isso traz como consequência necessária a igualdade de tratamento entre as partes, *em todo o curso do processo, não se limitando somente à formação da litis contestatio*¹⁸. É o que se depreende do *caput* do art. 5º da CF, bem como do inc. I do art. 125 do CPC. Mas essa igualdade entre as partes, no dizer de Couture, “no es una igualdad numérica, sino una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de la acción y de la defensa”¹⁹.

¹⁰ Para aprofundar o tema do contraditório, consultar o que escrevi: *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, n. 1.2.3, p. 30-35.

¹¹ MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 47.

¹² Apud NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo, RT, n. 22, p. 136, 1992.

¹³ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 183.

¹⁴ O contraditório é tão importante que os próprios gregos sobre ele se manifestaram, conforme esclarece PICARDI, 2008, p. 130-131.

¹⁵ O próprio *Codice di procedura civile italiano*, no seu art. 101, define o princípio do contraditório, quando diz expressamente: “Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti (p. c. 633, 697, 700, 703, 712), non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata (p. c. 164) e non è comparsa (p. c. 181, 291)”. Esse princípio é tão influente na legislação italiana que, no processo de execução forçada, o juiz da execução, regra geral, não pode emanar nenhuma medida judicial sem ouvir as partes, e.g., arts. 530, 552, 569, 590, 596, 600, 612 e 624.

¹⁶ “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁷ CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. 1º v., n. 29, p. 100.

¹⁸ Nesse sentido: PEYRANO, Jorge Walter. *El proceso civil*. Buenos Aires: Ástrea, 1978. p. 146; EISNER, Isidoro. *Principios procesales*. *Revista de Estudios Procesales*, Buenos Aires, n. 4, p. 53.

¹⁹ MILLAR, 1945, n. 116, p. 185.

Apesar de certos princípios constitucionais processuais poderem, em certas circunstâncias, admitir exceções, o do contraditório é absoluto, não admite exceção, devendo sempre ser respeitado, sob pena de nulidade do processo. Por ser inseparável da administração da justiça, constitucionalmente organizada, Winess Millar considera esse princípio como “el más destacado de los principios cuestionados”²⁰, enquanto Calamandrei o define como “o mais precioso e típico do processo moderno”²¹.

A partir da metade do século XX, o princípio do contraditório voltou a ser revalorizado, especialmente por meio de Carnelutti²², Satta²³ e Fazzalari²⁴, na medida em que ficou evidenciado, ainda mais, o caráter dialético, dialógico do processo, numa relação simbiótica entre partes e juiz. Desde esta perspectiva, pois, é oportuno destacar a acertada advertência realizada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, segundo a qual o contraditório é “um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz”²⁵.

O núcleo inicial da garantia constitucional do contraditório reside no direito de defesa, previsto conjuntamente no inc. LV, do art. 5º, da CF. Esse princípio, juntamente com o direito de defesa, é tão importante que o constituinte considerou-o direito fundamental não só aos litigantes em processo judicial, mas também administrativo, amplificando, ainda mais, a qualquer acusado em geral. A amplitude desta garantia constitucional é inegável e inquestionável na ordem jurídica.

Por derradeiro, podemos concretamente afirmar que o juízo se constitui no momento fundamental do processo, enquanto o contraditório se constitui no momento fundamental do juízo²⁶.

Com isso, as regras da Tutela Antecipada, contemplada no art. 273 do CPC, e, em especial a do § 6º, devem ser interpretadas tomando-se por base, de um lado, o direito fundamental ao processo dentro de um prazo razoável e, de outro, o direito fundamental ao contraditório e ao direito de defesa. Desse modo, qualquer interpretação autêntica e séria sobre a antecipação do pedido incontroverso da

²⁰ MILLAR, 1945, p. 47.

²¹ CALAMANDREI, Pietro. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. V. I, p. 681.

²² CARNELUTTI, Francesco. Torniamo al “giudizio”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1949. p. 168 e ss.

²³ Para quem o processo “não é outra coisa além de juízo e formação do juízo” (SATTA, Salvatore. “Il mistero del processo”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1949, p. 281).

²⁴ FAZZALARI. Diffusione del processo e compiti della doctrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, p. 861 e ss. É deste autor a ideia, hoje bastante difundida, de que o processo nada mais é do que o procedimento em contraditório.

²⁵ OLIVEIRA, 2009, p. 133.

²⁶ Nesse sentido, NICOLA PICARDI, 2008, p. 141 e 143.

demanda deve ser analisada evidentemente com base nesses dois direitos fundamentais aparentemente antagônicos.

O SURGIMENTO DO § 6º, DO ART. 273, DO CPC

Modernamente ninguém mais pode negar o acertado da profética frase esculpida pelo gênio de Chiovenda, segundo a qual “el proceso debe dar en cuanto es posible practicamente a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho a conseguir”²⁷. Isto é, o processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

A ideia de que o autor deve esperar ao final do processo para ver realizado seu direito está baseada na necessidade que ele tem de demonstrar ao juiz a veracidade das suas afirmações, posto que seu alegado direito encontre no direito de defesa do réu sua antítese, vale dizer, a tese sustentada pelo autor encontra resistência na defesa do réu, gerando, assim, no juiz, a dúvida. Se, diante da inexistência de dúvida na cabeça do julgador, porque sobre as alegações do autor não há controvérsia em face da ausência de oposição do réu, nada justifica *a priori* que, diante da incontrovérsia de um pedido do autor, este deva aguardar até o final do processo para ver realizado seu direito²⁸. Em resumo, se é possível antecipar a tutela para o autor com base na verossimilhança de sua alegação, em que pese a controvérsia, quanto mais nas hipóteses em que não há controvérsia sobre o direito alegado pelo autor²⁹. Essa hipótese pode ser encontrada, também, no § 1º, do art. 899, do CPC³⁰.

²⁷ CHIOVENDA. De la acción nacida del contrato preliminar. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1949. V. I, p. 214. Esse postulado também está descrito nas *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1960, v. I, n. 12, p. 40. Nessa mesma ordem de ideias, Dinamarco, para quem “A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 330-331).

²⁸ Em igual sentido Marinoni, quando assevera que “(...) o autor tem o direito de obter a tutela do direito material quando esse se torna incontroverso, ainda que o processo deva continuar (art. 273, § 6º). Não há lógica em obrigar o autor a esperar para obter a tutela do direito que se tornou incontroverso no curso do processo apenas porque deve ser produzida prova para esclarecer a outra parcela da demanda” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Saraiva: RT, 2007. p. 37).

²⁹ Assim, entre outros: WINTER, Eduardo da Silva. *Medidas cautelares e antecipação de tutela*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007. p. 27-28.

³⁰ Reza o citado parágrafo que: “Alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida”.

Seguramente se pode afirmar, de um lado, que o excesso de tempo na realização da prestação jurisdicional traduz-se em verdadeira sonegação de justiça, como muito bem destacou Rui Barbosa, ao dizer que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”³¹. Mas também é verdade que a prestação jurisdicional apressada pode, em muitos casos, significar verdadeira injustiça, pois, como bem adverte Miguel Reale, “não há nada pior que a injustiça célere, que é a pior forma de denegação de justiça”³².

Estas são as razões pelas quais o legislador infraconstitucional resolveu insculpir no § 6º, do art. 273, do CPC, que “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

AS PRESUNÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

As formas de raciocínio que o homem faz, e em especial o juiz, baseiam-se muito nas presunções, razão pela qual essa modalidade de prova indireta do conhecimento é, segundo Malatesta, “el triunfo de la inteligencia humana sobre la oscuridad que la circunda”³³.

O art. 334, inc. IV, do CPC, informa que: “Não dependem de prova os fatos: (...) IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”; para saber se as presunções independem de prova ou não, é necessário saber primeiro quais são os elementos que compõem a presunção, para, então, saber se necessitam de prova ou não.

Segundo esclarece Couture, “una presunción supone el concurso de tres circunstancias: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad. Lo que en realidad queda fuera del campo del objeto de la prueba son los dos últimos de esos elementos: el hecho desconocido y la relación de causalidad. Pero nada sustrae de la actividad probatoria la demostración del hecho en que la presunción debe apoyarse”³⁴, ou seja, nenhuma presunção está livre da prova do fato conhecido³⁵, pois, para que a parte se beneficie da presunção invocada, necessário se faz demonstrar a base em cima da qual ela vigora. O que efetivamente fica fora do campo da

³¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, MCMLXVI, p. 105.

³² REALE, Miguel. Valores fundamentais da reforma do judiciário. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 75, p. 78, abr. 2004.

³³ MALATESTA, Nicola Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Buenos Aires: Gen. Lavalle, 1945, p. 150. Sobre o tema consultar o que escrevi: RIBEIRO, 1998, p. 99-104.

³⁴ COUTURE, 1988, n. 147, p. 228.

³⁵ A legislação argentina, no art. 163, § 5º, do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, prevê que “Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica” (grifo nosso). Isso significa dizer, segundo o direito argentino, que as presunções necessitam ser provadas.

prova é a relação de causalidade e o fato desconhecido, mas não o fato conhecido³⁶. Por isso, a redação contida no inc. IV, do art. 334, do CPC está absolutamente correta, pois o que está dispensado da prova é exatamente o fato “*em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade*”, e esse fato é o fato desconhecido, posto que é em favor dele que a presunção legal de existência ou de veracidade milita e não sobre o fato conhecido. Esta é a razão pela qual muitos doutrinadores entendem, equivocadamente, que a presunção não depende de prova³⁷.

Por presunção entendemos “a dedução que identifica o fato desconhecido, a partir do fato conhecido”³⁸.

Nas *praesumptiones iuris*³⁹, o raciocínio dedutivo é feito pelo legislador. Encontram-se estabelecidas na lei, e quem as tem em seu favor, segundo o inc. IV, do art. 334, do CPC, está dispensado do ônus da prova do fato desconhecido. Essas, por sua vez, se dividem em *iuris et de iure* (também chamadas *absolutas* ou *peremptórias*)⁴⁰ e *iuris tantum* (também chamadas *relativas*), que se divide em simples (*de contraprova livre*) e mista (*de contraprova vinculada*).

As presunções *iuris et de iure* apresentam como características, mesmo sendo raras: a) não admitem provas em contrário⁴¹; b) não permitem ao juiz convencer-se

³⁶ Assim se expressava, também, Bonnier, já no início do século passado, para quem o Código Civil francês, no seu art. 1.352, era nesse sentido. Segundo ele, “no es exacto decir que el que invoca una presunción legal no tiene nada que probar, porque es preciso que acredite que se halla en posesión de invocar la presunción de la Ley” (BONNIER, Eduardo. *Tratado de las pruebas en el derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1914. t. 2, n. 840, p. 462).

³⁷ Entre tantos autores, podemos citar: DOWER, Nelson. *Curso básico de direito processual civil*. São Paulo: Nelpa, 1997. v. 2, n. 48.4.2, p. 148; TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 356.

³⁸ RIBEIRO, 1998, p. 101.

³⁹ Para identificar as razões pelas quais uma presunção é *iuris et de iure* ou *iuris tantum*, consultar o que escrevi: RIBEIRO, 1998, p. 101, nota 344.

⁴⁰ Sobre esse tipo de presunção consultar obrigatoriamente MALATESTA, 1945, 3ª Parte, Cap. IV, p. 222 e ss.

⁴¹ Nesse particular, convém destacar que a não admissão de provas em sentido contrário refere-se unicamente à impossibilidade de se atacar o fato desconhecido, não sendo lícito afirmar que a parte contrária esteja impossibilitada de atacar o fato conhecido, pois, em virtude do sagrado princípio do contraditório, a parte contrária poderá se valer de todo tipo de prova em direito admitido para desqualificar o fato conhecido em cima do qual se baseia a presunção. Exemplificando, o art. 163 do CC diz que: “Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor”. Aqui temos como fato desconhecido, a fraude a credores, e, como fato conhecido, que necessita ser provado pelo credor, se da presunção ele quiser se beneficiar, *primeiro*, que o devedor é insolvente, porque se não for insolvente e o bem não estiver constrito, não há fraude; *segundo*, que tenha dado uma garantia de dívida a algum credor. Certamente o devedor, nesse caso, poderá produzir prova em sentido contrário aos fatos conhecidos dessa presunção, e, g., que ele, devedor, não é insolvente, na medida em que possui outros bens para garantir o crédito ou então que ele não deu nenhuma garantia a outro credor. Agora, uma vez comprovado pelo credor que o devedor é insolvente e que efetivamente deu uma garantia a outro credor, nenhuma outra prova poderá ser feita pelo

em sentido contrário; e c) limitam a liberdade do juiz na avaliação da prova⁴²; são delas os exemplos dos arts. 163; 174⁴³, e parágrafo único do art. 1.802⁴⁴, todos do CC, entre outros.

As presunções *iuris tantum* apresentam como características: a) admitem prova em contrário para quebrar a presunção de verdade (*praesumptio cedit veritati*); b) invertem o ônus da prova⁴⁵, não o eliminam, porque quem as tem em seu favor não precisam prová-las, mas quem quiser quebrá-las deverá fazer prova em sentido contrário. São delas os exemplos dos arts. 8^{o46}, 133⁴⁷; parágrafo único do art. 1.201⁴⁸; 1.203⁴⁹; 1.231⁵⁰; 324⁵¹, todos do CC, entre outros.

devedor para desconstituir o raciocínio presuntivo contido no fato desconhecido, qual seja, que ele, devedor, agiu em fraude a credores. Em sentido análogo, porém com argumentos distintos, Antunes Varela, Bezerra e Nora, quando afirmam que: “Se a parte contrária impugna a realidade do fato que serve de base à presunção, não é a presunção que ela ataca, mas a prova testemunhal, documental, pericial, etc., que convenceu o juiz da realidade desse fato” (VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO, Nora. *Manual de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, n. 165, p. 504).

A impossibilidade de não admitir prova em contrário ao fato desconhecido é tão forte que, segundo Pontes de Miranda, “inclusive a notoriedade do fato não lhe pode ser oposta” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. 4, p. 355).

⁴² Nesse sentido: LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. V. II, n. 411, p. 428.

⁴³ Reza este artigo: “É escusada a ratificação expressa, quando a obrigação já foi cumprida em parte pelo devedor, ciente do vício que a inquinava”. Mesmo aqui há necessidade de prova do fato conhecido, conforme acertada opinião de Maria Helena Diniz, ao comentar o antigo art. 150 do CC de 1916, para quem: “A prova da ratificação tácita competirá a quem a arguir”. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 147.

⁴⁴ Esclarece o parágrafo único deste artigo que: “Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder”. Segundo Mauro Antonini, “A presunção de simulação é absoluta, não admitindo prova em contrário” (ANTONINI, Mauro. *Código Civil comentado*. In: PELUZO, Cezar (Coord.). São Paulo: Manole, 2008. p. 1962).

⁴⁵ Assim, entre outros, MICHELLI. *La carga de la prueba*. Colombia: Temis, 1989, n. 30, p. 177; LOPES DA COSTA, 1946, n. 411, p. 429; PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 357. Diverge dessa possibilidade: LESSONA. *Teoria general de la prueba en el derecho civil*. Madrid: Reus, 1957. t. 1, n. 145, p. 182.

⁴⁶ Reza o artigo: “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”.

⁴⁷ Determina o artigo: “Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes”.

⁴⁸ Assim esclarece o parágrafo único do citado artigo: “O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção”.

⁴⁹ Diz o artigo: “Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida”. Para Francisco Eduardo Loureiro, “A presunção, como se extrai do preceito, é relativa, comportando, portanto, prova em sentido contrário” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Ministro Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008. p. 1097).

⁵⁰ Assim expressa o artigo: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”.

⁵¹ Reza o artigo: “A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento”.

As presunções *relativas de contraprova vinculada* apresentam como característica admitir somente as provas previstas na lei; logo, se for apresentada a prova especial, a presunção estará quebrada; porém, se não for apresentada a prova especial, o juiz não poderá convencer-se em sentido contrário. Por conseguinte, limitar-se-á a liberdade do juiz na avaliação da prova. São delas os exemplos dos incs. I a V, do art. 1.597⁵², que têm como prova especial as hipóteses dos arts. 1.598⁵³ e 1.599, todos do CC.

Nas *praesumptiones hominis*⁵⁴, também conhecidas por *simples, comuns* ou *de homem*, e que para os criminalistas chamam-se *indícios* e, para os ingleses *circunstâncias*, o raciocínio dedutivo é feito pelo homem. Aqui, o legislador não quis legalmente presumir o fato desconhecido, deixando, em especial, ao juiz fazer o raciocínio necessário, a fim de chegar à descoberta do fato desconhecido, utilizando a experiência comum ou técnica, visando obter o convencimento necessário. Enquanto as presunções legais servem para dar segurança a determinadas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial, as presunções feitas pelo homem-juiz cumprem uma função exclusivamente processual, porque estão diretamente ligadas ao princípio da persuasão racional da prova, contido no art. 131 do CPC. Tanto é verdade que, para Carlo Furno, “Il comportamento processuale delle parti si presenta così come fondamento di una “*praesumptio hominis*”⁵⁵. Os requisitos para sua aplicação são os mesmos da prova testemunhal⁵⁶. Seu campo de atuação é vastíssimo, tanto no processo civil quanto no processo penal, máxime para apreender os conceitos de simulação, dolo, fraude, má-fé, boa-fé, intenção de doar, pessoa honesta etc.

DAS FORMAS DE INCONTROVÉRSIA CONTIDAS NO PEDIDO INCONTROVERSO

Não irei analisar aqui o direito comparado, *e. g.*, art. 186-*bis* e art. 277, 2º, ambos do CPC italiano, nem mesmo os arts. 771 e 809 do CPC francês⁵⁷.

⁵² Diz o artigo: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

⁵³ Sobre este artigo convém destacar o que diz Milton de Carvalho Filho: “Não se pode deixar de notar que o sistema de presunção não prevalecerá diante da prova técnica, que, nos tempos atuais, permite com segurança identificar a paternidade”. *Código Civil comentado*, ob. cit., p. 1686.

⁵⁴ Para um melhor aprofundamento, consultar: GORPHE. *La apreciación judicial de las pruebas*. Tradução de Delia García Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1967, Cap. IV, da 2ª parte, p. 261 e ss.
⁵⁵ FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: Cedam, 1940, n. 18, p. 69.

⁵⁶ Essa exigência surgiu no art. 188, do Reg. 737. O Código Civil atual prevê norma expressa a esse respeito, art. 230 (*As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal*), da mesma forma que o Código Civil português, art. 351.

⁵⁷ Nesse particular, remeto o leitor ao excelente estudo realizado por Daniel Mitidiero: “Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão

De acordo com o que está estabelecido no § 6º, do art. 273, do CPC brasileiro: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. O que pretendeu o legislador foi possibilitar a antecipação de um pedido incontroverso, quer esteja cumulado ou simplesmente parcela dele.

A primeira consequência que se pode extrair desse texto é que o pedido incontroverso engloba a incontroversia tanto das questões de fato quanto das questões de direito.

É cediço na doutrina que a parte autora tem o ônus de convencer o juiz sobre a necessidade de antecipar os efeitos da tutela, e, para tanto, deve deixar bem claro a ele, juiz, que o grau de convencimento para sua concessão não pode ser confundido com o grau de convencimento exigido para a sentença. Parafraseando Calamandrei, quando o mesmo discorreu sobre a essência da tutela cautelar⁵⁸, podemos dizer que a essência da tutela antecipatória é que ela representa uma conciliação entre as duas exigências, frequentemente opostas, de justiça: a celeridade e a segurança; entre fazer as coisas rápido, porém mal e, fazê-las bem, porém tarde, a antecipação de tutela tende, antes de tudo, a fazê-las rápido, deixando que o problema do bem ou do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão, se resolva mais tarde com a necessária ponderação nas repousadas formas de sentença.

142

A redação não impõe nenhuma restrição ao objeto da tutela antecipatória, como diversamente existe no direito italiano (somente soma de dinheiro), contemplando não apenas os casos de soma e entrega de coisas fungíveis, mas também de obrigações de fazer e não fazer, entregar coisa infungível e coisa imóvel.

O pedido incontroverso pode decorrer de inúmeras situações contidas dentro do processo, entre as quais cabe destacar: a) ausência de contestação; b) contestação evasiva; c) contestação genérica; d) fato confessado; e) reconhecimento jurídico do pedido; f) transação; g) comparece e não contesta; e, finalmente, h) aplicação da pena de confesso.

do art. 273, § 6º, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. LXXVIII, CRFB)”. In: *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 41 a 43, e MARINONI, 2007, p. 146 a 153.

⁵⁸ CALAMANDREI, Pietro. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, n. 7, p. 43. Também parafraseando Carnelutti quando o mesmo acentua o caráter do processo cautelar (CARNELUTTI, 1971, n. 241, p. 425), diante da tutela antecipada o juiz quase sempre está diante da seguinte situação: entre o decidir rápido e o decidir bem, a tutela antecipatória prefere o rápido, até porque provisória, enquanto a sentença prefere o bem; a sentença aspira, enquanto a tutela antecipada renuncia à infalibilidade. O caminho da sentença se resume na investigação da “verdade”, que é uma fórmula bastante ambiciosa; a tutela antecipatória se contenta com a busca da “probabilidade”, que é uma fórmula muito mais modesta.

Em todas estas situações a antecipação do pedido incontroverso não se dá de imediato, devendo o juiz, por conseguinte, analisar, também, a idoneidade dos fatos deduzidos pelo autor, isto é, se daquele fato constitutivo do seu direito decorre a necessária consequência jurídica por ele pretendida⁵⁹.

Cumpra agora verificar, pormenorizadamente, cada uma das hipóteses que torna o pedido incontroverso.

PEDIDO INCONTROVERSO E PRESUNÇÕES RELATIVAS

Diante de um fato afirmado pelo autor, o réu pode não admiti-lo de três formas distintas: negando, o que torna o fato discutido; declarando que não sabe, o que torna o fato controvertido, e silenciando. No que se refere ao silêncio, devemos averiguar se o réu que silenciou tinha ou não o ônus de manifestar em sentido contrário. Se ele tinha o ônus de se manifestar em sentido contrário e silencia, esse fato se torna incontroverso, *v. g.*, *caput* do art. 302 do CPC, razão pela qual definimos fato incontroverso como “o silêncio de quem tinha o ônus de não silenciar”⁶⁰. Do contrário, se ele não tinha o ônus de se manifestar em sentido contrário, *e.g.*, nas hipóteses contidas nos inc. I a III, bem como do parágrafo único, do art. 302, do CPC, o seu silêncio faz com que o fato continue controvertido.

O silêncio de quem tem o ônus de se manifestar na contestação gera a revelia, art. 319, reputando-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. Daí resulta se presumirem verdadeiros somente os *fatos*, mas não o direito ou as consequências jurídicas que a parte extrai desses e, como ninguém quer a antecipação dos fatos – como qualidade fenomênica, mas sim das consequências jurídicas que a parte extrai dos fatos, de nada adiantaria para a parte o juiz antecipar o *fato*, já que esse é irrelevante. O que a parte realmente quer é a antecipação da consequência jurídica pretendida, *v. g.*, no acidente de trânsito o fato foi a batida ocorrida no dia tal, entre nas ruas “X” e “Y” etc., e a consequência jurídica pretendida é o pagamento da soma em dinheiro decorrente da culpa. O que a parte efetivamente quer é a antecipação da soma em dinheiro decorrente da presunção de culpa pela não contestação.

Resta claro que quando o pedido ou um dos pedidos se torna incontroverso por ausência de contestação, quer tenha o réu comparecido ou não, de quem tem o ônus de se manifestar, é possível sobre ele a antecipação dos efeitos da tutela, na medida em que há uma presunção relativa de veracidade sobre as consequências jurídicas pretendidas pelo autor. Porém, essa presunção relativa, por certo, admite prova em sentido contrário, senão estaríamos diante de uma presunção absoluta. Em que pese o juiz poder antecipar os efeitos da tutela com base em fato

⁵⁹ Nesse diapasão: PISANI, Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994. p. 636; MARINONI, 2007, p. 164-165.

⁶⁰ RIBEIRO, 1998, p. 88. Sobre fatos incontroversos consultar o que escrevi nas p. 87 a 89.

incontroverso, o réu poderá e, se quiser ganhar a causa, deverá produzir prova em sentido contrário à presunção relativa estabelecida. Nenhum juiz, nessa hipótese, poderá obstar o réu de produzir prova em sentido contrário a essa presunção. Não sendo isto admitido, estaríamos transformando uma presunção sabidamente relativa em absoluta, o que é inviável pelo ordenamento jurídico. O que está dispensado do ônus da prova é o fato constitutivo do direito do autor em cima do qual a presunção se apoia: ele, autor, não terá mais o ônus de provar esse fato constitutivo (art. 334, inc. III, do CPC), mas o réu, sim, terá o ônus de quebrar essa presunção, não podendo ser impedido pelo juiz, somente pela lei, *e. g.*, perda de prazo etc.⁶¹.

Cumprê destacar que o direito de defesa do réu, o seu direito ao contraditório, não se limita exclusivamente à fase inicial da resposta – contestação –, devendo ser estendido a todo o curso do processo, já que ele pode se defender utilizando todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive trabalhar em cima da prova apresentada pelo autor.

Também gera presunção relativa baseada em fato incontroverso a contestação do réu realizada de forma evasiva ou genérica, já que essa contestação contraria literalmente o próprio art. 302 do CPC, que exige do réu uma manifestação “precisa sobre os fatos narrados na petição inicial”. Agora, o fato de o juiz antecipar o pedido incontroverso ao autor não significa que o réu esteja proibido de produzir prova em sentido contrário à presunção relativa estabelecida em favor do autor. Como analisamos anteriormente, o direito de defesa e a garantia constitucional do contraditório, aliados ao direito à prova, deve se estabelecer durante todo o curso do processo, permitindo ao réu se valer de todos os meios em direito admitidos para provar o seu direito, seja requerendo perícia, prova testemunhal, ou outra prova qualquer, inclusive se valendo da prova produzida pelo autor. Também aqui o convencimento do juiz sempre estará associado a uma alegação do autor que se tornou verossímil e não cabalmente certa, posto que essa certeza somente advirá depois de encerrada a instrução.

Outra hipótese que se revela no fato incontroverso é a aplicação da pena de confesso, estabelecida no § 1º, do art. 343, do CPC. Tecnicamente não poderíamos falar de uma pena de confissão, na medida em que a confissão exige, necessariamente, uma declaração por expresso do confitente, já que não se pode confessar pelo silêncio, porque isso caracteriza um fato incontroverso. Portanto, a parte que não comparece ao depoimento pessoal ou, comparecendo, injustificadamente deixa de responder, ser-lhe-á aplicada a presunção relativa de veracidade dos fatos afirmados pela parte contrária, mas jamais os fatos podem ser tidos como *confessados*. Essa diferença existe na própria lei, entre os incs. II e III, do art. 334, do CPC.

⁶¹ Em sentido contrário, Daniel Mitidiero, para quem “as alegações incontroversas independem de prova (art. 334)”. MITIDIERO, *op. cit.*, p. 44.

No que se refere aos fatos confessados, cumpre delinear o seguinte: “Somente é confissão o que se refere à afirmação da parte quanto ao que a outra tinha de afirmar e provar”⁶²; a contrário senso, se a outra parte não tinha o ônus de afirmar e provar, não pode ser confissão; não obstante o “*confitente*” afirme um fato desfavorável ao adversário, tal fato será favorável a si mesmo. A confissão exige, segundo Moacyr A. Santos, “uma declaração, não mera admissão”⁶³ sobre fatos disponíveis; é um *plus* a admissão, isto é, exige uma exteriorização do pensamento que pode ser oral ou escrita, e tem como natureza jurídica ser uma declaração de ciência ou conhecimento, constituindo um meio de prova. Sua natureza é de um ato jurídico *stricto sensu* e não um negócio jurídico, isto é, no momento em que à parte confessa é-lhe proibido preestabelecer efeitos, condições ou termo. Caso o réu confesse, certamente o juiz poderá antecipar o pedido que se torna incontroverso, mas essa antecipação não tem o condão de *a priori* dispensar os demais tipos de prova que eventualmente podem existir nos autos, até mesmo a prova pericial, haja vista a confissão ser um meio a mais de prova, inclusive o juiz “não está obrigado a julgar contra o confitente, segundo se depreende do art. 131 do CPC”⁶⁴. Em que pese o alto grau de convencimento produzido pela confissão no espírito do julgador, essa certeza jamais será absoluta a ponto de permitir um julgamento antecipado da lide, razão pela qual a presunção dela decorrente é relativa. Certamente que pode ser aplicada, aqui, a dispensa da prova testemunhal, segundo o inc. I, do art. 400, do CPC.

Nesse sentido, encontramos a jurisprudência maciça do Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que nas hipóteses da ausência de contestação, tenha ou não a parte comparecido em juízo, apresente contestação evasiva ou genérica, ou lhe seja aplicada a pena de confesso, a presunção daí decorrente é sempre “*iuris tantum*, que admite prova em contrário”⁶⁵, razão pela qual essa presunção não “dispensa o juiz de bem instruir o feito, julgando necessário”⁶⁶, nem tampouco “conduz à presunção de veracidade das alegações do direito do autor”⁶⁷.

Dentro de uma visão mais acertada da prova, não é correto afirmar que o fato incontroverso não faça parte do objeto da prova: ele necessariamente faz

⁶² PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 424.

⁶³ SANTOS, Moacyr A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 102.

⁶⁴ Nesse sentido: ARAGÃO, Monis de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, n. 550, p. 563; em sentido contrário: FREDERICO MARQUES. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. II, § 69, n. 469.

⁶⁵ STJ – 3ª T. – REsp n. 723.083-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2007, DJ 27.08.2007, p. 223.

⁶⁶ STJ – 4ª T. – REsp n. 94.193-SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 15.09.1998, DJ 03.11.1998, p. 140.

⁶⁷ STJ – 4ª T. – REsp n. 55, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08.08.1989, DJ 06.11.1989, p. 16.689.

parte do objeto da prova em que pese não necessitar de prova. Não se deve confundir, como muitos autores desavisados o fazem, *objeto da prova* com *necessidade da prova* ou “*thema probandum*”. Enquanto o objeto da prova abrange qualquer fato que seja capaz de produzir no juiz um convencimento, a necessidade da prova está circunscrita àqueles fatos que dependem de prova no caso concreto. O primeiro é o gênero que abrange fatos controvertidos e incontroversos em geral, enquanto o segundo é espécie, já que se limita somente aos fatos controvertidos. Por isso, “ao falar de necessidade ou tema da prova, estamos selecionando os fatos que devem ser provados e que interessam para cada processo, atribuindo a cada parte o ônus da prova. E, quando nos referirmos ao objeto da prova, estamos apontando uma vastíssima e quase ilimitada possibilidade do que pode ser seu objeto”⁶⁸.

Por tudo isto, não podemos concordar com a redação contida no § 2º, do art. 277, do CPC, que permite ao juiz, diante da injustificada ausência do réu à audiência preliminar, proferir, desde logo, a sentença.

Por derradeiro, podemos concluir que nessas hipóteses a natureza da decisão que antecipa pedido incontroverso do autor tem natureza provisória sobre a causa, baseada em cognição sumária, desafiada pelo recurso de agravo.

Vejamos algumas hipóteses de cabimento. Como exemplo podemos citar a situação bastante comum de um acidente de trânsito: o autor propõe uma demanda em que cumula danos materiais e morais causados em virtude de acidente de veículos:

- a) O réu contesta o dano material e se esquece de contestar o pedido de danos morais. Logo, cabe antecipação dos efeitos da tutela quanto aos danos morais, pela própria literalidade do § 6º, do art. 273, do CPC. Agora, essa antecipação implica a dispensa da prova testemunhal apresentada na inicial pelo autor, art. 276 do CPC, para comprovação dos danos morais? Entendo que não, pois, em que pese o fato constitutivo do direito do autor estar provado pela existência de uma presunção relativa de veracidade, o réu terá o direito de poder realizar prova em sentido contrário ao da presunção estabelecida em favor do autor, utilizando para isso, inclusive, a prova testemunhal que agora pertence ao juízo e somente poderá ser dispensada com o seu consentimento. Ninguém pode duvidar que o réu possa quebrar a presunção de veracidade da existência dos danos morais exatamente em cima das testemunhas apresentadas pelo próprio autor. Isto é algo bastante comum no dia a dia forense. Quantas vezes nós nos beneficiamos da prova apresentada pela parte contrária. Ao se admitir uma sentença parcial de mérito, nessa hipótese,

⁶⁸ RIBEIRO, 1998, n. 2.5, p. 75.

o réu jamais poderia quebrar a presunção que é relativa. O juiz estaria, com essa decisão, transformando uma presunção que é relativa em absoluta, o que é terminantemente proibido pela ordem jurídica.

- b) O réu que não contestou os danos morais poderá requerer prova pericial? Acredito sinceramente que sim, pelos mesmos motivos anteriormente apresentados, isto é, o fato de o réu não ter contestado um dos pedidos do autor gera para esse uma presunção relativa de veracidade quanto à existência dos danos morais, permitindo, assim, a antecipação dos efeitos da tutela. Mas os danos morais antecipados ao autor não o são de forma definitiva e sim provisória, e estão baseados em cognição sumária e não exauriente, razão pela qual o réu pode e deve quebrar a presunção relativa estabelecida em favor do autor por todos os meios de provas em direito admitidos, seja ela pericial, testemunhal (se ainda possível), pelo depoimento pessoal, inspeção judicial etc., do contrário haveria presunção absoluta.
- c) O fato de existir antecipação dos efeitos da tutela de pedido incontroverso ou de um dos pedidos incontroversos não significa que não haja necessidade de instrução probatória. Uma coisa não tem nada a ver com a outra. Mesmo quando ocorre antecipação dos efeitos da tutela de somente um dos pedidos, ambos necessitarão de instrução probatória com as seguintes peculiaridades: a instrução probatória existente no pedido incontroverso antecipado serve para que o réu possa quebrar a presunção relativa que milita em favor do autor e que, por essa razão, ele, autor, está com o bem da vida; enquanto a instrução probatória decorrente do pedido controvertido serve tanto para o autor quanto para o réu convencer o juiz sobre a veracidade de suas alegações e, assim, poder ganhar a causa, mas aqui o bem da vida estará com o réu, posto que ainda existe dúvida quanto à veracidade das alegações do autor, mantendo-se, assim, o *status quo*.

147

Essas soluções propostas não irão alterar nem o direito fundamental do autor em ver assegurado o seu direito dentro de um prazo razoável, como quer o inc. LXXVIII, do art. 5º, da CF, já que ele, autor, obteve a antecipação dos efeitos da tutela sobre o bem da vida pretendido, nem o direito fundamental de defesa do réu, como exige o inc. LV, do art. 5º, da CF, que, não obstante ter perdido o bem da vida para o autor, poderá durante a instrução probatória desconstituir a presunção relativa que milita em favor do autor.

PEDIDO INCONTROVERSO E PRESUNÇÕES ABSOLUTAS

Quando o autor alega determinado fato constitutivo de seu direito e o réu reconhece juridicamente o pedido do autor, não resta a menor dúvida de que a

decisão do juiz é uma sentença definitiva e está baseada em cognição exauriente, conforme determina o art. 269, inc. II, do CPC.

Em havendo reconhecimento jurídico do pedido realizado por pessoa capaz, o juiz está inegavelmente vinculado a ele, não podendo julgar a lide de modo diverso.

Nessa ordem de ideias é conveniente diferenciar o reconhecimento jurídico do pedido da confissão, pois “enquanto a confissão é ato jurídico ‘*stricto sensu*’, o reconhecimento é negócio jurídico processual, ou seja, a parte, além de aceitar os efeitos contidos na lei, pode escolher outros, desde que haja anuência do autor. A confissão pode emanar tanto do autor quanto do réu; já o reconhecimento é ato privativo do réu, segundo se depreende do inc. II do art. 269 do CPC. A confissão versa exclusivamente sobre fatos, enquanto o reconhecimento versa sobre consequências jurídicas pretendidas pelo autor. Havendo confissão, o processo continua, enquanto, havendo o reconhecimento total, o processo extingue-se com julgamento de mérito, art. 269, inc. II, do CPC (sentença homologatória); e, se for parcial o reconhecimento, não há a extinção. Na confissão, o juiz não está obrigado a julgar contra o confitente, segundo se depreende do art. 131 do CPC, ao passo que, no reconhecimento, o juiz, de regra (tendo em vista que só cabe reconhecimento quando se tratar de direitos disponíveis), deve julgar procedente a ação. A confissão é meio de prova, enquanto o reconhecimento não o é”⁶⁹.

148

De acordo com exemplo anterior, se o réu na contestação reconhece juridicamente o pedido de danos morais, certamente não haverá instrução probatória, porque agora não mais estamos diante de uma presunção relativa e sim de uma certeza absoluta, devendo o juiz, como determina o art. 269, inc. II, do CPC, proferir uma sentença, nesse caso, parcial de mérito, já que permanece controvertido o dano material.

Em igual sentido ocorre quando há transação sobre um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles. Aqui o juiz poderá antecipar de forma definitiva, em face da certeza absoluta existente, o pedido ou parcela dele que se tornou incontroverso. Essa antecipação também está baseada em cognição exauriente, e é antecipada na forma de sentença definitiva de mérito, que poderá ou não ser parcial, conforme art. 269, inc. III, do CPC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A antecipação dos efeitos da tutela com base em fatos incontroversos, como ocorre na ausência de contestação, tenha o réu comparecido, ou não, nas contestações evasivas ou genéricas, na confissão e na aplicação da pena de confesso, se

⁶⁹ RIBEIRO, 1998, n. 2.5, p. 75.

dará por meio de uma *decisão interlocutória* que certamente poderá ser modificada ou revogada, como prevê o § 4º, do art. 273, do CPC, já que foi concedida com base em uma presunção relativa, baseada em cognição sumária, podendo futuramente a parte dela recorrer. Ao passo que a antecipação da tutela (e não antecipação dos efeitos da tutela), com base no reconhecimento jurídico do pedido e na transação, se dará por meio de uma *sentença*, podendo ser parcial de mérito quando o reconhecimento ou a transação também for parcial, isto é, reconhecer somente um dos pedidos cumulados ou parcela deles. Nessa hipótese, não existe a possibilidade dessa decisão (*rectius*, sentença) ser revogada ou modificada, como quer o § 4º, do art. 273, do CPC. Aqui cabe uma observação, pois se a antecipação da tutela se deu com base no reconhecimento jurídico do pedido do autor ou na transação, não cabe ao réu, nesse particular, interpor recurso de apelação, por absoluta falta de interesse recursal, pois quem reconhece juridicamente o pedido do autor, ou transaciona, produz uma causa impeditiva do direito de recorrer.

Para derradeiro, cumpre evidenciar que o reconhecimento jurídico do pedido e a transação geradora do julgamento antecipado do pedido cumulado podem ocorrer em qualquer tipo de pedido, seja ele declaratório, condenatório, constitutivo, executivo e mandamental; enquanto na hipótese anterior, antecipação dos efeitos da tutela com base em presunções relativas, essa antecipação só será permitida quando o pedido for condenatório, executivo ou mandamental.

REFERÊNCIAS

- ANTONINI, Mauro. *Código Civil comentado*. In: PELUZO, Cezar (Coord.). São Paulo: Manole, 2008.
- ARAGÃO, Monis de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, n. 550.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, MCMLXVI.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONNIER, Eduardo. *Tratado de las pruebas en el derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1914. t. 2, n. 840.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 55. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08.08.1989, DJ06.11.1989.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 723.083-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 09.08.2007, DJ27.08.2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 94.193-SP. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 15.09.1998, DJ03.11.1998.
- CALAMANDREI, Pietro. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, n. 7, p. 43.

CALAMANDREI, Pietro. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. I.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971, n. 232.

CARNELUTTI, Francesco. Torniamo al “giudizio”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1949.

CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 1994.

CHIOVENDA. De la acción nacida del contrato preliminar. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1949. v. I.

CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. 1º v., n. 29.

CHIOVENDA. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1960. v. I, n. 12.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

CRUZ E TUCCI. *Devido processo legal e tutela jurisdiccional*. São Paulo: RT, 1993.

CRUZ E TUCCI. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Lezioni introduttive. Bologna: Il Mulino, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DOWER, Nelson. *Curso básico de direito processual civil*. São Paulo: Nelpa, 1997. v. 2, n. 48.4.2.

EISNER, Isidoro. Principios procesales. *Revista de Estudios Procesales*, Buenos Aires, n. 4.

FAZZALARI. Diffusione del processo e compiti della doctrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958.

FREDERICO MARQUES. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. II, § 69, n. 469.

FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: Cedam, 1940, n. 18.

GORPHE. *La apreciación judicial de las pruebas*. Tradução de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1967. Cap. IV da 2ª parte.

GRUNSKY, W. Reflexiones sobre la eficacia del derecho procesal civil en Alemania. Tradução de Úrsula Vestweber. In: *Para um proceso civil eficaz*. Barcelona: UAB, 1982.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LESSONA. *Teoria general de la prueba en el derecho civil*. Madrid: Reus, 1957. t. 1, n. 145.

LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. v. II, n. 411.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- LOUREIRO, Francisco Eduardo. In: PELUSO, Ministro Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.
- MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice*. La gestion du temps dans le procès. Paris: La Documentation Française, 2004.
- MALATESTA, Nicola Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Buenos Aires: Gen. Lavalle, 1945.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Saraiva: RT, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- MICHELLI. *La carga de la prueba*. Colômbia: Temis, 1989.
- MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945.
- MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art. 273, § 6º, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. LXXVIII, CRFB). In: *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. 6ª série.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. 3ª série.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. 8ª série.
- MORENO CATENA, V. Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva. *Revista Poder Judicial*, n. 10, 1984.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. *RT*, São Paulo, n. 22, 1992.
- NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales*. Palestra proferida no Congresso Iberoamericano, em 2008.
- PERROT, Roger. La eficacia del proceso civil en Francia. Traduzido de Manuel J. Cachón Cadenas. In: *Para um proceso civil eficaz*. Barcelona: UAB, 1982.
- PEYRANO, Jorge Walter. *El proceso civil*. Buenos Aires: Ástrea, 1978.
- PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*. As matrizes históricos-culturais do contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Jurisdição e processo*. Tradução de Luís Alberto Reichelt. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PISANI, Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. t. 4.

REALE, Miguel. Valores fundamentais da reforma do judiciário. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 75, abr. 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio L.; ROCHA, Leonel S. (Coord.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do *due process of law*. *Revista de Jurisprudência Brasileira*, n. 173.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: Bosch, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANTOS, Moacyr A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SATTA, Salvatore. Il mistero del processo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1949.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO, Nora. *Manual de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, n. 165.

WINTER, Eduardo da Silva. *Medidas cautelares e antecipação de tutela*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

A LIBERDADE CRIATIVA NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CREATIVE LIBERTY IN THE INTERPRETATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

*Nilsiton Aragão**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a liberdade criativa na interpretação dos direitos fundamentais. O estudo do tema reflete a preocupação com a atividade dos magistrados, pois ressalta uma realidade que, embora indiscutível, não vem recebendo a atenção necessária dos estudiosos. Trata-se de um estudo qualitativo, cuja metodologia efetiva-se por meio de pesquisa bibliográfica e doutrinária, estabelecendo um diálogo entre a teoria dos direitos fundamentais e a hermenêutica jurídica. O trabalho permitiu concluir que os julgadores participam do processo de criação da norma do caso concreto demonstrando um inequívoco poder criativo, que é potencializado quando se trata de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica; Direitos fundamentais; Busca do sentido da norma; Poder criativo do intérprete.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the creative freedom in the interpretation of fundamental rights. The study of the issue reflects the concern with the activity of judges, because it stands out a reality that, while undeniable, is not receiving the necessary attention of scholars of the subject. This is a qualitative study, whose methodology is executed by means of literature and doctrine, establishing a dialogue between the theory of fundamental rights and legal hermeneutics. The study revealed that the judges participating in the process of creating the rule of the case, this creative power which is compounded when dealing with fundamental rights.

Keyword: Legal hermeneutics; Fundamental rights; Search for the meaning of the standard; Creative power of the interpreter.

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Correspondência para/ *Correspondence to:* Av. Washington Soares, 525, apto. 702, Edson Queiroz, 60811-341, Fortaleza-CE, Brasil. E-mail: nilsiton_aragao@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o grau de interferência do julgador no procedimento de aplicação da norma jurídica, em especial em relação àquelas que expressam direitos fundamentais. O assunto comporta grandes controvérsias jurídicas que remontam aos mais basilares preceitos da hermenêutica jurídica, refletindo, hoje, um dos aspectos de maior relevância na formação e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Embora o tema sempre tenha encontrado lugar na pauta dos principais debates jurídicos, ganhou nova tônica no contexto mundial contemporâneo, especialmente a partir da segunda metade do século XX, momento em que a efetivação dos direitos fundamentais revelou-se como medida indispensável à consecução dos objetivos centrais do Estado no cenário de reconstrução da ordem internacional. Contudo, a estrutura normativa desses direitos não permite a subsistência das concepções juspositivistas de aplicação da norma jurídica como mera expressão silogística, impondo uma atuação mais incisiva do intérprete.

Assim, a atualidade e a relevância prática e teórica do assunto já fundamentam, demasiadamente, a escolha do tema para a construção de um estudo científico. Nesse cenário de extremos embates doutrinários, pretende-se analisar a liberdade criativa do julgador na interpretação dos direitos fundamentais, realidade corrente nos tribunais pátrios, mas que, por imposições de concepções conservadoras herdadas de um positivismo extremado, não é claramente enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência.

No desenvolvimento do presente trabalho, será inicialmente abordado o objeto da interpretação com a distinção entre norma e enunciado normativo e a análise da polissemia dos textos pelos quais se expressam esses últimos. Após, será rapidamente abordada a evolução da hermenêutica jurídica na busca do sentido da norma, com ênfase nas concepções da interpretação como revelação do sentido correto e como escolha de um dos sentidos adequados. Com base nesses elementos preliminares, passar-se-á a estudar o poder criativo do intérprete, avaliando a necessidade e os limites da criatividade jurisdicional na aplicação da norma jurídica. Por fim, será analisado o poder criativo do intérprete especificamente quanto aos direitos fundamentais, observando como as especificidades dos enunciados normativos desses direitos dão ensejo à ampliação da criatividade jurisdicional.

Como visto, o presente trabalho destina-se a fazer incidir as novas concepções teóricas sobre os direitos fundamentais na análise da hermenêutica jurídica, no intento de se demonstrar que resta completamente superada a noção objetiva de aplicação da norma, reconhecendo que o julgador participa ativamente do processo de criação da norma do caso concreto.

O OBJETO DA INTERPRETAÇÃO

Antes de adentrar na análise da interpretação dos direitos fundamentais, urge definir de maneira clara o que é o objeto a ser interpretado e como ele se comporta; portanto, inicialmente, deve-se fazer uma diferenciação de norma e enunciado normativo e analisar a polissemia dos textos pelos quais esses últimos se expressam.

Norma e enunciado normativo

Uma questão preliminar que necessita se superar é a distinção entre norma e enunciado normativo. Trata-se de uma confusão bastante comum, principalmente em países que têm sua base jurídica firmada no *civil law*, sistema em que se privilegia a norma escrita.

Para bem compreender a distinção entre norma e enunciado, é necessário relembrar rapidamente o procedimento de criação da norma positiva pelo legislador e o procedimento de aplicação da norma pelo julgador. Ambos vão apreciar os fatos e os valores referentes ao contexto fático em análise, porém não de forma idêntica. O legislador avalia tais elementos de maneira abstrata e prévia, extraindo uma norma geral e expressando-a por meio de um enunciado normativo. O julgador contempla tais elementos de maneira concreta, extraindo do enunciado normativo, elaborado pelo legislador, a norma específica para o caso.

Dessa análise percebe-se que o enunciado normativo não se confunde nem com a norma geral encontrada pelo legislador nem com a norma específica, fruto da atuação do julgador. Por um lado, um enunciado deontico (dever-ser) abstratamente definido pode ser positivado das mais variadas formas, cabendo ao legislador elaborar o texto que exprima a conclusão a que se chegou da valoração de uma conduta. Por outro lado, de uma mesma disposição normativa, o jurista pode extrair as mais variadas normas em razão da multiplicidade de sentido que as palavras possuem, competindo-lhe escolher o sentido que melhor atenda à valoração da conduta específica¹.

Logo, norma e texto não se confundem. Em verdade, devem se aproximar o máximo possível, pois o enunciado normativo é a ponte que comunica legislador e julgador, de modo que quanto mais preciso o enunciado normativo for, maior será a possibilidade de que haja uma coincidência entre as conclusões de ambos. Porém, não devem nunca ser tidos como idênticos, sob pena de a atividade do

¹ É o que adverte André Rufino do Vale: “Considerando-se que as normas são o resultado da interpretação das disposições (texto), haverá tantas normas de direitos fundamentais quantas interpretações forem possíveis de uma mesma disposição jusfundamental” (VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14).

jugador ser considerada uma operação de simples silogismo, na qual o juiz seria, nas palavras de Montesquieu, a simples “boca da lei” (*la bouche de la loi*)².

Assim, pode-se concluir que *enunciado normativo* é a expressão formal e positiva de uma norma, pela qual se procede à manifestação textual da valoração de fatos jurídicos, fruto da atividade legislativa. A *norma* é o sentido atribuível ao enunciado normativo, corresponde ao conteúdo desse, extraído mediante a interpretação dos termos utilizados em seu texto com base em uma releitura dos fatos e valores que lhe deram origem³.

Essa distinção permite que se entendam questões polêmicas que os cercam. Por um lado, cabe observar que o sentido da norma não está totalmente preso no enunciado normativo, podendo ser extraído o elemento deontico, mesmo quando expressamente ele não esteja visível⁴. É o caso dos direitos expressos por princípios jurídicos, estrutura normativa que exige a atuação do aplicador para definir o suporte fático da norma de acordo com o caso concreto.

É importante compreender que enunciados normativos e normas são institutos que possuem certa autonomia, de modo que não é correto concluir pela necessária correspondência entre uma norma e um enunciado normativo⁵. Por um lado, pode haver norma sem que haja um enunciado normativo, no caso das normas implícitas, e pode haver enunciado normativo sem que haja norma, como

² Nesse sentido leciona Miguel Reale: “À luz destes ensinamentos, não faltam processualistas imbuídos da convicção de que a sentença se desenvolve como um silogismo. Na realidade, porém, as coisas são bem mais complexas, implicando uma série de atos de caráter lógico e axiológico, a começar pela determinação prévia da norma aplicável à espécie, dentre às várias normas possíveis, o que desde logo exige uma referência preliminar ao elemento fático” (REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 301).

³ Em sentido praticamente idêntico são as colocações de Ricardo Guastini (2005, p. 25-26): “Ora: (1) chamo ‘disposição’ qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes; (2) chamo ‘norma’ todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmento de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim, a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado”.

⁴ Como se extrai da lição de Robert Alexy: “Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deonticas, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades do dever, da proibição e da permissão” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54-55).

⁵ É o que observa Humberto Ávila: “O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30).

na referência à proteção de Deus no preâmbulo da Constituição. Por outro lado, de um único enunciado normativo podem ser extraídas várias normas, como no caso do *caput*, do artigo 5º, da CF/88, e pode existir uma norma fruto de vários enunciados normativos, como na hipótese de um homicídio tentado (art. 121 c/c art. 14, II, do CP).

Por fim, cabe advertir que na literatura jurídica esses termos nem sempre são utilizados da maneira mais técnica, de modo que se convencionou utilizar a palavra “norma” para expressar tanto a norma propriamente dita como o enunciado normativo, cabendo ao leitor definir qual o significado que o autor pretendeu dar ao termo de acordo com o contexto em que foi empregado.

A polissemia do texto dos enunciados normativos

Sabendo que o objeto da interpretação é o enunciado normativo, resta saber como proceder à extração da norma jurídica do texto.

O aspecto basilar da compreensão da complexidade dessa atividade é refletido na multiplicidade de sentidos que as palavras que compõem o texto de um enunciado normativo podem assumir. Tais palavras não possuem um significado único; ao contrário, são polissêmicas, seja quando consideradas nelas mesmas ou no contexto em que se encontram. Esse fenômeno é comum na linguagem, de modo que são raras as palavras que não apresentam alguma multiplicidade significativa, normalmente decorrente de usos figurados, frutos de metáforas, metonímias e analogias, próprios da dinâmica da língua⁶.

É essa polissemia, geradora da multiplicidade significativa de um enunciado normativo, que impõe a necessidade de interpretação do texto para se extrair a norma. Por mais que o legislador tente construir um enunciado normativo com uma linguagem simples e precisa, pautada no máximo rigor científico e com a melhor técnica legislativa, não conseguirá produzir um texto unívoco, em que dele se possa retirar um único sentido, pois a ambiguidade normal das palavras utilizadas inevitavelmente despertará dúvidas e incertezas.

⁶ Como muita clareza salienta Celso Ribeiro Bastos: “Isto porque, como se sabe, as palavras, mesmo em Direito, revestem-se, invariavelmente, de certa imprecisão que surge em alguns casos como uma abstratividade exacerbada, ou de conteúdo plúrimo. Com isto, sua exatidão é abandonada, restando vago seu teor. Prestam-se dessa forma, as palavras, às mais variadas formas de preenchimento. O conteúdo de cada expressão, embora definível, resta indefinido porque vários são os significados que um mesmo termo pode revelar. E a razão disso está principalmente no fato de que os preceitos normativos são sempre abstrações da realidade. Para que a lei cumpra seu propósito de disciplinar um número infundável de situações, faz-se necessário recorrer a um alto nível de generalidade e abstração, o que acarreta, inevitavelmente, a imprecisão terminológica” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 42).

Por essa lógica, em um primeiro momento, deve-se ter em mente que o legislador, ao editar um enunciado normativo, realiza uma valoração de fatos sociais de maneira geral e abstrata, considerando uma multiplicidade de circunstâncias que podem eventualmente vir a ocorrer. Em um segundo momento, elabora um texto normativo, utilizando-se de uma formulação linguística que entende transmitir da maneira mais clara o resultado da interação entre os fatos e os valores por ele observados.

O jurista, ao seu turno, tendo diante de si uma situação fática similar àquela imaginada pelo legislador, porém concreta e específica, buscará naquele enunciado normativo a solução para o caso. Contudo, ao se deparar com o texto não encontrará uma resposta pronta e acabada, uma vez que as palavras e as expressões nele utilizadas possuem mais de um significado. Assim, pela leitura fria e objetiva do texto, o julgador não revelará a solução do litígio posto à sua análise, pois deverá escolher dentre os possíveis sentidos atribuíveis àquele texto o que melhor atenda às exigências do direito.

Desta forma, a identidade entre o sentido original do texto e aqueles que a ele serão atribuídos em momentos posteriores, quando de sua aplicação, é uma ideia utópica. Uma determinada palavra ou expressão pode ter sido escolhida pelo autor do texto para exprimir uma ideia, mas o contexto e o momento histórico em que essa palavra ou expressão é interpretada poderão levar a um sentido diverso. Os sentidos dados pelo legislador e pelo intérprete raramente serão os mesmos, pois, por mais que se aproximem, as experiências próprias de um e de outro levarão a entendimentos diversos, ainda que pontuais.

272

Retrata bem essa situação um exemplo hipotético comumente citado em aulas de hermenêutica. Trata-se da interpretação do texto de uma placa colocada na entrada de uma praia com o seguinte enunciado: “é proibido o uso de maiô”. Ao se imaginar que essa placa foi escrita na década de 1950, a finalidade de seu autor era a de que os visitantes somente poderiam transitar na praia de roupas. Todavia, se essa placa ficasse perdida por anos e fosse encontrada hoje, e novamente disposta naquela praia, os banhistas naturalmente entenderiam que somente é possível nela transitar de biquíni.

Importa ressaltar que o caráter vago, obscuro e indefinido dos enunciados normativos, ao contrário do que possa parecer, não representa um defeito que necessita ser sanado. Trata-se de uma peculiaridade necessária, uma vez que esse enunciado se dirige a uma gama de situações e não a uma única hipótese específica. De tal modo, por menor que seja o grau de generalidade e abstratividade que esse enunciado normativo possua, é natural a presença de lacunas fáticas e valorativas que somente serão preenchidas quando de sua aplicação ao caso concreto.

Dessa forma, a relação entre o enunciado normativo e a norma jurídica exige a intervenção humana para delimitação do sentido que deve ser considerado. A

atividade humana referida é a interpretação⁷, parte do direito pela qual irão se definir o conteúdo e o alcance do enunciado normativo, determinando seu sentido mediante a escolha de uma entre as muitas possibilidades interpretativas.

A EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NA BUSCA DO SENTIDO DA NORMA

Diante da polissemia do texto dos enunciados normativos, surge a necessidade de se delimitar a forma pela qual o intérprete deverá definir o sentido das palavras e, com isso, indicar qual a norma a ser aplicada a um caso concreto.

A discussão sobre a interpretação e a busca do sentido correto dos textos têm raízes, pelo menos, na antiguidade clássica, em que é possível observar diversas propostas interpretativas, realidade representada, por exemplo, pelos debates sobre a prevalência da interpretação alegórica ou da interpretação histórico-gramatical vivenciados pelas escolas de Alexandria e de Antioquia na Grécia antiga. Todavia, a concepção moderna de hermenêutica somente se desenvolveu no final da Idade Média, tendo por mola propulsora a interpretação da *Bíblia*. Nessa época, a atribuição de sentidos dados à Sagrada Escritura era monopólio da Igreja Católica, ressaltando que nessa função preponderava a interpretação gramatical⁸. Com a contraposição interpretativa realizada pelos protestantes às imposições de sentido dadas pela Igreja Católica aos textos bíblicos, começou a se buscar uma forma mais segura de entender a palavra divina, desenvolvendo-se, então, um estudo sobre a própria interpretação: nasce a hermenêutica⁹.

⁷ Nesse sentido, são indispensáveis os ensinamentos do ilustre jurista Eros Roberto Grau, que diz: “A interpretação, pois, é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. A atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (enunciados, disposições, textos). O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete produz a norma” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70).

⁸ Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz observa essa realidade ao comentar a interpretação realizada por Santo Agostinho: “A hermenêutica de Santo Agostinho é dedicada à busca da correta e segura interpretação do conteúdo intelectual existente nas Sagradas Escrituras. É natural, portanto, que ele dê especial atenção ao problema do significado das palavras nelas contidas ressaltando o papel da letra escrita em sua teoria do signo” (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte, 2002. p. 209).

⁹ Nesse sentido leciona Rodolfo Viana Pereira: “Entretanto, deve-se frisar, até o século XVII não havia a formação de uma teoria autônoma que perscrutasse, ainda que em domínios restritos do saber, os caminhos possíveis para se chegar à correta interpretação, fato esse que sustenta a assertiva de Jean Grodin ao afirmar que, até a data em referência, a Hermenêutica não possuía nenhum nome. Pode-se ressaltar que o surgimento do conceito data de tal século quando foi empregado pela primeira vez na Teologia como disciplina autônoma e auxiliar, com a função de descrever as regras para a correta interpretação da Sagrada Escritura, representando um conceito chave no grandioso debate compreendido pelo Protestantismo contra o monopólio interpretativo

Interpretação como revelação do sentido correto

Somente no início do século XVIII, com o advento dos trabalhos do filósofo e teólogo Friedrich Schleiermacher (1768-1834), é que a busca do sentido de textos ascende de interpretações setoriais para o *status* de disciplina que traça as condições gerais de compreensão de qualquer pensamento expresso por meio de palavras. Esse autor começa a desenvolver técnicas interpretativas que, embora se voltassem inicialmente aos textos sagrados, eram extensíveis a outras áreas da expressão humana, como os textos jurídicos, uma vez que possuem natureza semelhante.

Para Schleiermacher, o sentido do texto deveria ser buscado na ideia original do autor. Não se tratava, portanto, da simples compreensão do sentido literal das palavras, mas, sim, da intenção do autor, revelando, assim, uma perspectiva psicológica da interpretação. Para atingir tal fim, esse filósofo propõe duas formas de interpretação que se completam. A primeira é a interpretação gramatical, que se destinaria à análise dos signos linguísticos em que o texto se expressa, cujo sentido seria extraído da própria literalidade do documento interpretado. Ao lado dessa estaria a interpretação técnica, voltada para o sentido atribuído pelo autor, nos limites estabelecidos pela interpretação gramatical. A interpretação técnica se subdividiria em compreensão divinatória e comparativa: a primeira pretende identificar o sentido dado pelo autor pela harmonização entre o seu espírito e o do intérprete, o que lhe permitiria se colocar no lugar do autor; na segunda, o intérprete se debruça sobre vários escritos do autor e sobre diversos elementos gramaticais utilizados por esse, comparando-os e realizando uma análise histórica com o objetivo de desvelar a sua real intenção¹⁰.

A ideia desse filósofo se compatibilizava com os objetivos almejados pelas primeiras escolas de hermenêutica jurídica. Essas, na busca de consolidar a nova ordem que se firmava após a derrocada das monarquias absolutistas, pretendiam dar força à normatização que era instituída, evitando a deturpação da estrutura jurídica proposta por interpretações dos textos legais que buscassem o restabelecimento da conjuntura anterior¹¹. Foi sob essa ótica política e filosófica, na qual se defendia a

da Bíblia postulado e exercido pela Igreja Católica” (PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 10).

¹⁰ Glauco Barreira Magalhães Filho comenta essa espécie de interpretação: “Percebemos aqui um intenso psicologismo no método proposto. Isto repercutiu posteriormente no Direito, através da ênfase exagerada dada à *vontade do legislador* como referencial necessário à interpretação correta da lei (*subjetivismo*), ensino praticamente já superado pelo *objetivismo* de caráter evolutivo e sociológico, o qual procura o sentido da norma jurídica na vontade nela objetivada e que acompanha a dinamicidade dos fatos sociais” (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 34).

¹¹ João Baptista Herkenhoff sintetiza em quatro pontos as razões do positivismo legal, acentuando o observado na Escola da Exegese: “a) a legislação sobre a qual se ergueu foi produto da burguesia, classe recentemente chegada ao poder, e coisa de que seu dinheiro explicitava o próprio direito natural; b) a legislação napoleônica vinha de ser editada e, como sempre ocorre, tendem os

separação dos poderes de forma radical, com a preponderância quase absoluta da decisão legislativa, que se desenvolveram o positivismo jurídico e a hermenêutica jurídica clássica.

Nesse contexto, as primeiras escolas hermenêuticas se desenvolvem sobre uma base eminentemente formalista, na qual a interpretação atribuída aos textos normativos deveria expressar a vontade do legislador, que era compreendida como a vontade geral do povo¹². A atividade do intérprete deveria estar limitada às palavras da lei, privilegiando a interpretação gramatical¹³. A Escola de Exegese, que se desenvolveu na França, foi a de maior repercussão, tendo dominado durante todo o século XIX.

Desde o surgimento do Estado liberal, o Legislativo é tido como poder mais democrático e, por isso, o que melhor representa a soberania popular. Essa noção, em maior ou menor grau, de certo modo, fez com que se concebesse uma sobreposição dele em relação aos demais. Na visão clássica, enquanto o Executivo e o Legislativo atuassem no compasso da batuta do legislador, a vontade popular estaria assegurada, de modo que a atividade legislativa era vista como a mais importante das funções estatais¹⁴. Se, entretanto, o Executivo ou o Judiciário, ao aplicar essa

códigos a ser tidos, pela época em que surgem, como obra completa e acabada; c) o racionalismo do século XVIII, que alcançou o século seguinte, gerou o amor da simetria, da construção lógica que, no Direito, encontra sua expressão maior nos códigos; d) a doutrina da irrestrita separação dos poderes (o juiz é o porta-voz da lei – Montesquieu), fruto da desconfiança do homem burguês, tornava intolerável que penetrasse o Judiciário na esfera do Legislativo através de uma interpretação das leis que não fosse rígida, literal” (HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 36-37).

¹² Lenio Luiz Streck faz uma crítica aos juristas que se intimidam diante da atividade interpretativa atribuindo-lhes a “síndrome de Abdula”, com referência ao conto de Ítalo Calvino que diz que “Alá ditava o Corão para Maomé, que, por sua vez ditava para Abdula, o escrívão. Em determinado momento, Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrívão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distraído, Maomé aceitou como palavra ‘divina’ o que dissera Abdula. Esse fato escandalizou o escrívão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome da Alá” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 240).

¹³ Quanto à limitação do Judiciário leciona Margarida Maria Lacombe Camargo (1999, p. 62): “Crédulos nas inúmeras virtudes daquele corpo sistemático de normas, os componentes da Escola da Exegese propugnam uma atuação restrita do Poder Judiciário através do apego excessivo às palavras da lei. A atividade dos Juizes, na França, então comprometidos com o antigo regime, seria controlada pelo atendimento severo e restrito da lei. Lei feita pelo povo, em cujo conteúdo encontra-se a vontade geral. Na busca do seu significado, privilegia-se, então, o método de interpretação gramatical, bem como a exatidão das palavras interligadas por preposições de acordo com as regras de pontuação e de estrutura de orações. Por intermédio da gramática, encontrar-se-ia a vontade do legislador como a máxima expressão da vontade geral que encarna o poder”.

¹⁴ Jean-Jacques Rousseau reflete bem esse pensamento no seguinte trecho: “O princípio da vida política está na autoridade soberana. O Poder Legislativo é o Coração do Estado; o Poder Executivo é o cérebro que põe em movimento todas as partes. O cérebro pode ser atingido pela paralisia e o indivíduo continuar a viver ainda. O homem torna-se imbecil e vive ainda; mas tão logo o coração deixe de funcionar, o animal perece”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 91).

lei, alterassem a vontade do legislador, sua prática seria considerada ilegítima e passível de controle.

Nessa acepção, o jurista não era um intérprete do enunciado normativo, mas um simples aplicador dele, limitando-se a contemplar o direito em uma atividade meramente declaratória e descritiva. Sob essa perspectiva, o aplicador e a norma ficavam separados pela ilusão da autonomia e suficiência da lei, defendida no discurso jurídico-dogmático próprio do juspositivismo. Essa proposta retratava um verdadeiro fetichismo legal, no qual a lei já tinha um sentido em si mesma, não necessitando da intervenção humana posterior à sua edição para a delimitação de seu sentido na análise de um caso concreto¹⁵.

A hermenêutica jurídica dá um novo passo em sua evolução com as contribuições do alemão Wilhelm Dilthey (1833-1911), estudioso da obra de Schleiermacher, de quem adotou conceitos básicos, mas direcionando a hermenêutica para o âmbito da compreensão histórica¹⁶. Em sua obra *Introdução ao estudo das ciências humanas* (1883), esse autor começa a desenvolver a distinção entre as ciências da natureza e as ciências do espírito, ponto que viria a ser a pilastra mestra de toda a sua teoria. Dilthey afasta a fundamentação metafísica das ciências do espírito, com o objetivo de torná-la empírica, unindo-a com os padrões metodológicos das ciências da natureza, sem, entretanto, confundi-los. Ao passo que nas ciências da natureza a atividade cognitiva é a explicação, hipótese em que o cientista assume a postura de observador, eminentemente passiva, nas ciências do espírito, ao contrário, a atividade cognitiva é a compreensão, situação em que o cientista assume uma postura ativa diante do texto. Assim, poder-se-ia falar em um mundo dado e um mundo construído, sendo esse último limitado pelo primeiro¹⁷.

Como o Direito estaria enquadrado nas ciências do espírito, Dilthey permite que se retire um pouco da carga hermética atribuída à hermenêutica jurídica,

¹⁵ É o que ensina Lenio Luiz Streck: “A este fenômeno podemos denominar de ‘fetichização do discurso jurídico’, é dizer, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo *uma-lei-em-si*, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’” (STRECK, op. cit., p. 93).

¹⁶ Nesse sentido leciona Rodolfo Viana Pereira: “Desse modo, a grande contribuição de Dilthey foi situar a possibilidade de compreensão, ainda que limitada ao âmbito das Humanidades, dentro da História e não fora dela, divergindo daqueles que achavam ser possível importar os métodos das Ciências Naturais – então considerados *explicativos/descritivos*, portanto *aistóricos* – para a interpretação objetiva dos fenômenos vivenciais, imersos no mundo histórico” (PEREIRA, op. cit., p. 16).

¹⁷ Sobre as contribuições de autor ressalta Christine Oliveira Peter da Silva: “O principal contributo de Dilthey foi alargar o horizonte da hermenêutica, colocando-o no contexto da interpretação dos estudos das ciências humanas. Entretanto, existe em seu desfavor, o fato de que sua teoria não conseguiu libertar-se totalmente do cientismo e da objetividade da escola histórica que Dilthey procurou ultrapassar” (SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 170).

pois o relacionamento do direito com os sistemas culturais dá ensejo a debates axiológicos inexistentes nas ciências naturais e rechaçados pelas doutrinas positivistas¹⁸. Porém, assim como seu predecessor, ele constrói uma teoria pautada na busca do método mais seguro para a atividade interpretativa que permitisse a identificação do sentido correto.

Essa versão epistemológica da hermenêutica desenvolvida por Schleiermacher e Dilthey gera certos problemas interpretativos no âmbito jurídico, pois limitava excessivamente o julgador, castrando sua intervenção criativa na tarefa de adaptar a lei à realidade diante do dogma do sentido correto.

Interpretação como escolha de um dos sentidos adequados

Martin Heidegger (1889-1976) quebrou o paradigma de existência de um sentido objetivamente válido para todos os casos, defendendo que a hermenêutica não poderia ser explicada por meio de métodos, mas deveria buscar o sentido do *Ser*¹⁹. Essa mudança de padrão interpretativo ficou conhecida como “giro hermenêutico”.

Heidegger sugere uma abordagem fenomenológica, concepção desenvolvida com base nos ensinamentos de seu mentor Edmund Husserl, propondo que a interpretação não é uma atividade de apreensão cognitiva extraída da atuação do sujeito sobre o objeto, mas trata-se de fenômenos que se revelam independentemente de subjetivismos, ou seja, não é o modo pelo qual se percebe a existência do objeto, mas a própria existência do objeto, de modo que para ele a hermenêutica analisa as manifestações do *Ser* no mundo²⁰. Assim, o sentido seria extraído

¹⁸ Ana Maria D'Ávila Lopes adverte que: “Por outro lado, a distinção feita por Dilthey colocava a ciência jurídica sob o paradigma próprio das ‘ciências do espírito’ desde que, no direito, ‘subsiste sin confusión lo histórico-vital y lo organizativo social’. Assim, o direito estaria referido a sistemas de cultura e organização da sociedade, onde o axiológico não poderia ser descartado” (LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001. p. 79).

¹⁹ Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz observa com clareza a ideia de mudança de concepção sobre a hermenêutica: “Com Heidegger perfaz-se o trânsito da hermenêutica, como método das ciências do espírito, para a hermenêutica filosófica, passagem marcada pelo giro para uma ontologia fundamental do *Dasein*, cuja análise existencial é entendida como hermenêutica. A investigação histórico-filosófica da hermenêutica a ele se apresenta como um nexó necessário na configuração da hermenêutica filosófica atual. A hermenêutica é deslocada de uma perspectiva psicológica para uma esfera ontológica. O compreender passa a ser vislumbrado a partir da experiência existencial do próprio ato de interpretar: ‘Fenomenologia do *Daisen* é hermenêutica no significado original da palavra, a partir do qual se designa a tarefa da explicação’” (DINIZ, op. cit., p. 214).

²⁰ É nesse contexto com Glauco Barreira Magalhães Filho afirma: “Segundo Heidegger, a hermenêutica seria filosófica e não científica, ontológica e não epistemológica, existencial e não metodológica. Procuraria a essência da compreensão (auto revelação do *Ser*) e não a normatização de processo compreensivo. O estudo da compreensão confundir-se-ia com o estudo da existência, uma vez que essa permitiria o conhecimento do *ser*” (MAGALHÃES FILHO, op. cit., p. 38).

da própria existência do objeto interpretado e não fruto de uma abordagem metodológica correta. Heidegger começa a desenvolver a ideia de círculo hermenêutico ao estudar a relação entre pré-compreensão e compreensão. Segundo ele, não seria possível extrair uma compreensão de determinado texto se não houvesse pré-compreensões anteriores que permitissem desdobramentos do objeto interpretado²¹.

A hermenêutica filosófica ganha nova tônica com as contribuições de Hans-Georg Gadamer (1900-2002). Em sua obra de maior repercussão, *Verdade e método* (1960), esse autor reforça as críticas de Heidegger contra a existência de um método interpretativo único que permita que se chegue a um sentido correto e verdadeiro do objeto. Ele importa de Heidegger a noção de pré-compreensão, expressando-a, propositadamente, nos termos pejorativos “pré-juízo” e “pré-conceito”, para afirmar que a compreensão humana está inserida em um contexto histórico no qual se verifica a antecipação do sentido por experiências anteriormente vivenciadas²².

Com base nessas premissas, o autor pôde amadurecer a ideia de círculo hermenêutico, entendendo-o como momento em que se dá a interação entre o horizonte histórico do intérprete e o do objeto, no qual se desenvolve um novo sentido do objeto estudado. Nesse processo, observa-se uma fusão dos horizontes do sujeito que compreende e do objeto compreendido, relação da qual ambos saem alterados. O intérprete sofre uma ampliação de seu horizonte diante da nova compreensão realizada, o que lhe permitirá outra perspectiva dos objetos já compreendidos e dos que ainda serão. O objeto, por sua vez, também amplia seu horizonte, pois o novo sentido atribuído pelo intérprete soma-se a outros já existentes. Com a fusão de horizontes, observa-se uma ampliação dos horizontes do intérprete e do objeto, de modo que a compreensão não pode ser entabulada como circular, posto possuir nítido caráter evolutivo. Nesse sentido é que melhor repre-

278

²¹ Sobre a proposta desse autor observa Christine Oliveira Peter da Silva: “Ao buscar o conceito de compreensão e redefini-lo, Heidegger ultrapassou a teoria de Dilthey. Para Heidegger, a compreensão é o poder de captar as possibilidades que cada um tem do ser, no contexto do ser-no-mundo, não constituindo, portanto, na capacidade ou dom especial de sentir a situação de outra pessoa, nem o poder de captar mais profundamente o significado de alguma manifestação da vida. Segundo Heidegger, a compreensão é a estrutura do ser que torna possível o exercício atual da compreensão a um nível empírico, constituindo, assim, na base de toda a interpretação” (SILVA, op. cit., p. 170).

²² Nesse sentido, leciona Rodolfo Viana Pereira: “Assim sendo, o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia de seu sentido, influenciada pela tradição em que se insere (suas experiências, seu modo de vida, sua *situação hermenêutica* etc.). Por esse motivo, fracassará todo empreendimento que intente compreender objetivamente, em absoluto, qualquer tipo de fenômeno, eis que a compreensão, como dito, sujeita-se também à tradição ao qual pertence aquele que se dá ao conhecer” (PEREIRA, op. cit., p. 28).

senta a formulação de Gadamer uma espiral hermenêutica, na qual a interação entre sujeito e objeto nunca é idêntica, posto partir de “pré-conceitos” distintos²³.

Importante ressaltar que Gadamer propõe que a compreensão é realizada de forma mediata, pois o objeto compreendido não aparece de forma absoluta, mas, sim, em partes. O sujeito tem acesso somente a um dos vários focos possíveis daquele objeto. Logo, o sentido aparece de forma paulatina, à medida que se enfrenta o objeto sob perspectivas diversas, desvelando aspectos distintos em cada nova compreensão. Essa mediação do conhecimento implica a carga criativa que tem a compreensão, importando em um novo conhecimento, respeitando a historicidade do horizonte do sujeito e do objeto²⁴.

Na teoria proposta por esse filósofo da hermenêutica, o intérprete não deve simplesmente identificar o sentido preexistente do texto, mas participar ativamente na construção desse sentido, mediante um diálogo entre esse e o texto, no qual a linguagem medeia a experiência anterior do autor com a atual do intérprete²⁵.

O PODER CRIATIVO DO INTÉRPRETE

A perspectiva teórica construída com base na doutrina de Gadamer permite que a hermenêutica jurídica ganhe feições mais dinâmicas que se contrapõem às compreensões da atuação limitada do intérprete inicialmente desenvolvidas. Não

²³ É o que leciona Rodolfo Viana Pereira: “Em verdade, ainda que não importe qualquer prejuízo ao conceito, trata-se mais propriamente de uma *espiral* hermenêutica, já que o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao logo do processo, estabelecendo patamares mais concretos de interpretação, que, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente rumo a um entendimento mais adequado. Caso fosse literalmente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais. Não poderia ter, por isso, nenhum juízo sobre suas verdades, nem conquistar qualquer ganho em qualidade” (PEREIRA, op. cit., p. 35-36).

²⁴ Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz: “A ideia de aplicação do Direito enquanto concretização, cujos reflexos são profundos no plano da hermenêutica jurídica, adquiriu um especial relevo no âmbito da hermenêutica constitucional: todos os problemas que a aplicação das normas constitucionais suscita são compreendidos como ‘problemas de concretização’. Em Konrad Hesse, por exemplo, a interpretação constitucional se desenvolve em função de um problema concreto, sendo manifesta a compreensão do intérprete. O caráter histórico da compreensão, entre o Texto Constitucional posto em vigor no passado e as exigências que sua aplicação suscita no presente, realizando uma atividade ao mesmo tempo prática e normativa, por meio da qual estabelece uma continuidade entre passado e presente” (DINIZ, op. cit., p. 227).

²⁵ Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz: “O círculo hermenêutico representa o momento ontológico da compreensão onde há um enlace dos movimentos da tradição (história), do intérprete (fusão de horizontes) e da pré-compreensão. Daí em diante, a compreensão vai se moldando a partir da consciência histórica do intérprete e do ‘mostra-se’ do objeto. O intérprete não cede a um objeto que lhe é previamente dado, mas participa na própria constituição do seu sentido, a partir de uma estrutura de mediação, própria da compreensão como um fenômeno histórico, no qual a linguagem mediatiza o passado e o presente através do diálogo entre sujeito e objeto” (DINIZ, op. cit., p. 221).

mais podia prosperar a concepção positivista que pregava a aplicação dos enunciados normativos de forma puramente cognoscitiva, mediante a simples subsunção do fato ao texto em um silogismo simples e objetivo que levaria a um único resultado, negando ao jurista a possibilidade de avaliar os vários sentidos que o texto podia assumir.

Assim, a noção de aplicação da lei como simples subsunção de caráter contemplativo é superada por uma compreensão de atuação ativa do intérprete na construção do conteúdo da norma. Com isso, reconhece-se que o julgador possui uma área de discricionariedade no procedimento de aplicação da lei, na qual se manifesta um poder criativo similar àquele conferido aos membros do Legislativo, embora bem mais restrito. O intérprete é inserido no processo de construção da norma, sendo ele quem irá determinar qual significado deve ser atribuído ao texto normativo em última instância.

A necessidade de criatividade jurisdicional

Nessa nova perspectiva constatou-se que ao se observar um enunciado normativo apenas em sua estrutura formal não é possível visualizar, de maneira unitária, a resposta para todas as hipóteses de sua incidência. O sentido da lei somente pode ser percebido quando se enxerga o texto normativo através das lentes do caso concreto, pois é no momento da aplicação que as palavras nele utilizadas ganham significado, abandonando sua polissemia natural mediante a escolha de uma das diversas acepções possíveis. Assim, é possível afirmar que o intérprete tem a função primordial de dar vida à letra fria da lei²⁶.

A infinidade de possibilidades da manifestação humana torna a previsão do enunciado normativo algo incompleto e inconclusivo. A conduta ali narrada pode se revelar das mais variadas formas, e o valor a ser defendido deve ser concebido com outros que igualmente incidem sobre o caso. Portanto, entre a previsão do legislador e o caso concreto existe uma enorme lacuna que será preenchida pelo julgador, e nesse preenchimento ele efetivamente criará a norma que será aplicada ao caso concreto. Assim, da mesma forma que o legislador realiza a valoração de fatos para a elaboração da norma, o julgador também o fará, mas ao passo que a norma produzida pelo legislador é geral e abstrata, a criada pelo jurista é concreta e específica.

²⁶ São, nesse sentido, os ensinamentos de Eros Roberto Grau: “*Interpretação e aplicação* não se realizam automaticamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação*. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação. *Interpretação e aplicação* consubstanciam um processo unitário” (GRAU, op. cit., p. 76).

Nessa tarefa, as experiências particulares do intérprete interferirão invariavelmente na definição do significado do texto. Na leitura que ele fará do enunciado normativo, e do fato em análise, o julgador não partirá do zero, mas, ao contrário, terá por base suas vivências, que lhe dão uma noção particular dos valores sociais, de modo que na área de discricionariedade existente no processo de aplicação da lei o julgador deixará sua marca pessoal.

O reconhecimento da influência dos “pré-conceitos” do intérprete na construção da norma do caso concreto permite que se distingam os conceitos de imparcialidade e neutralidade. Pela própria condição humana, o julgador jamais será neutro, não havendo como ele ignorar suas experiências particulares no desempenho de suas atribuições. Deverá, no entanto, ser imparcial, não pendendo para nenhum dos lados da lide por interesses próprios, mas na decisão externará sua noção pessoal do direito em questão.

Portanto, a norma do caso concreto é formada tanto por elementos objetivos, presentes no texto normativo, como por elementos subjetivos, inerentes à condição humana do intérprete. É por essa conjugação de elementos objetivos e subjetivos que a norma se adapta às particularidades da realidade, assumindo uma feição humanizada. Por conseguinte, o poder criativo do julgador é uma qualidade inerente à sua função de intérprete e aplicador da lei, e não um vício da atividade, uma mácula que deve ser combatida e superada²⁷.

Ao contrário do que se possa pensar, essa participação criativa do julgador na aplicação da norma jurídica não é uma concepção surgida somente com o advento do pós-positivismo, visto que as correntes positivistas lastreadas em um arcabouço teórico mais firme já a admitiam. Kelsen, por exemplo, defendia veementemente essa concepção, criticando a proposta hermenêutica do sentido único, que predominava até os seus tempos²⁸. Esse jurista defendeu que a deter-

²⁷ Idênticas são as considerações de Inocêncio Mártires Coelho: “(...) a criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente; a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha *naturalmente* no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à *margin da lei*” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 96-97).

²⁸ Assim se manifestava Hans Kelsen: “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configurado o processo desta interpretação como se se tratasse tão somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), nas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de inteligência, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 391).

minação do sentido previsto na norma nunca é completa, sendo impossível que o texto da lei possa vincular todas as direções de sua aplicação. Afirmar ele que os métodos interpretativos até então elaborados não conduziam a um único resultado, mas a possíveis resultados, que retratariam a moldura dentro da qual o julgador poderia atuar. Em síntese, a interpretação dos tribunais expressa um ato de vontade, refletido na escolha de um sentido entre os vários revelados pela interpretação cognoscitiva²⁹.

Limites da criatividade jurisdicional

Esse poder criativo do intérprete pode ser analisado em duas fases distintas e consecutivas. Primeiro, no processo de interpretação do enunciado normativo com a delimitação dos significados que se adéquam aos limites do texto, de acordo com a variedade de sentidos que podem ser atribuídos às palavras e expressões neles contidos. Segundo, tendo em mão as possíveis normas concretas aplicáveis ao caso, deverá escolher aquela que, segundo sua compreensão do caso concreto, atenda melhor aos valores sociais albergados no ordenamento.

Assim sendo, percebe-se que dois juristas, com igual capacidade técnica e imbuídos das mais nobres intenções, podem chegar a conclusões diferentes na aplicação de determinada lei. No processo de interpretação, eles podem não identificar os mesmos sentidos do texto normativo, e, ainda que eventualmente identificassem, podem optar por normas específicas diversas. Tal disparidade não implica necessariamente o equívoco de um deles. Se essas normas do caso concreto não exacerbarem os limites do texto normativo, ou seja, se se encontrarem dentro da área de discricionariedade delimitada pela moldura normativa, ambas serão igualmente válidas para o ordenamento.

Como se percebe, o poder criativo dos membros do Judiciário, intérpretes das leis por excelência, é consideravelmente intenso, e, se não possuir amarras objetivas, pode superar e suprimir os demais Poderes, principalmente o Legislativo, pois o sentido e o alcance dos enunciados normativos serão por ele delimitados, de forma que o problema não está no reconhecimento do poder criativo do intérprete, inquestionável, mas, sim, de seus limites³⁰.

²⁹ Nas palavras do próprio Hans Kelsen: “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente” (KELSEN, *op. cit.*, p. 390).

³⁰ Assim, conclui também Mauro Cappelletti: “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O

Do mesmo modo que não se pode conceber que o sentido do enunciado normativo seja exclusivamente aquele imaginado pelo legislador, como queriam alguns positivistas, também não se pode aceitar que esse seja dado unicamente pelo julgador. Admitir essa alteração entre extremos consistiria em sair de um equívoco e cair em outro de mesmas proporções.

O julgador não pode interpretar o enunciado normativo de qualquer forma, pois não lhe cabe atribuir o sentido que lhe bem aprouver às palavras do enunciado normativo. Ao interpretar a norma deve buscar, dentre sentidos admitidos pelo texto da lei, aquele que melhor atenda à sua finalidade precípua de concretização dos valores eleitos como mais importantes pela sociedade por intermédio de seus representantes³¹. O intérprete deve tomar por base as conclusões do legislador, mas adaptando-as ao caso concreto, mediante a atribuição de sentidos às palavras, conforme a necessidade do fato e dos valores envolvidos³². É no momento de sua aplicação que o texto permite que o aplicador dialogue com o legislador para juntos determinarem a norma do caso concreto³³. O intérprete não pode se utilizar de subterfúgios gramaticais para desvirtuar ou se distanciar do preceito normativo.

Portanto, a hermenêutica jurídica não é uma atividade estática, pautada unicamente nos elementos objetivos delimitados pelo legislador, na qual a atuação do intérprete é indiferente para a aquisição do resultado. Da mesma forma não é

verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 21).

³¹ Sobre a busca do sentido leciona Raimundo Bezerra Falcão: “(...) a ação ou atividade de interpretar é a interpretação, conceito que não se confunde com o de hermenêutica, o qual, por sua vez, é traçado como complexo estrutural e operacional voltado à produção do sentido. Mas do sentido adequado. Não de um sentido qualquer, porém daquele que, de permeio à essencial inesgotabilidade, revista-se de melhores condições de atender aos fins maiores da interpretação, que não podem fugir à função social desta” (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 242).

³² Observação essa feita, também, por Oscar Vilhena Vieira: “Não há uma liberdade total, onde o magistrado decide a partir de valores externos ao Direito, que, na maioria das vezes, são os seus próprios, mas uma esfera carregada de princípios (que pertencem ao sistema jurídico) que limitam e impõem determinado sentido às decisões judiciais. É dentro dessa esfera que se deve decidir. Caso haja discricionariedade, essa ocorre apenas num sentido fraco” (VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 200).

³³ Sobre o assunto leciona Ana Maria D’Ávila Lopes: “No direito, não existe um processo interpretativo independente da aplicação da norma, já que nesse momento é possível compreender todo o seu sentido; é nisso que se fundamenta sua validade. Compreensão, interpretação e aplicação não são três momentos autônomos, mas interdependentes. A autonomia interpretativa só existiria se se entendesse a aplicação jurídica como uma simples subsunção da norma ao caso concreto, afastada, portanto de sua historicidade” (LOPES, op. cit., p. 88).

uma atividade solta, totalmente desprovida de amarras, em que predomina exclusivamente a subjetividade do intérprete. Envolve, sim, uma comunhão de elementos objetivos e subjetivos, na qual os primeiros traçam os limites gerais e os segundos garantem uma adaptação específica³⁴.

O PODER CRIATIVO DO INTÉRPRETE NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se pode perceber, a interpretação jurídica já tem em si uma carga elevada de complexidade, mas quando se pretende tratar de tal assunto no âmbito constitucional a questão se assevera, em especial no âmbito dos direitos fundamentais, que possuem especificidades que fazem de sua interpretação um processo mais complexo e dificultoso que aquele aplicado à legislação comum. Portanto, cabe, por fim, analisar a ampliação do poder criativo do intérprete ocasionada pela natureza diferenciada dos enunciados normativos de direitos fundamentais.

Especificidades dos enunciados normativos de direitos fundamentais

Embora a interpretação dos direitos fundamentais siga a mesma linha das demais normas constitucionais, sendo-lhes aplicados os preceitos da hermenêutica constitucional, em verdade não se pode desconsiderar que elas não se equiparam totalmente. Essa natureza peculiar dos direitos fundamentais se manifesta em certas especificidades de seus enunciados normativos, das quais quatro merecem maior atenção: 1) superioridade axiológica; 2) natureza jurídico-política; 3) elevado grau de generalidade e abstratividade; e 4) estruturação normativa preferencialmente principiológica.

Um primeiro aspecto que revela essa diferença está na inexistência de uma base axiológica prévia que pautar a elaboração dos direitos fundamentais. A supremacia da Carta Política é um das peculiaridades que exigem um procedimento legislativo diferenciado, pois, ao passo que a legislação infraconstitucional tem sua interpretação orientada pelo texto constitucional, as normas constitucionais carecem de um dispositivo superior que a norteie. Essa especificidade se agrava no que concerne aos direitos fundamentais, uma vez que são eles a base axiológica do ordenamento, o alicerce sobre o qual será construído, inclusive, o restante da Constituição. Embora estejam no mesmo patamar hierárquico das demais normas

³⁴ Luiz Roberto Barroso: “A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 291-292).

constitucionais, essas encontraram nos direitos fundamentais o substrato valorativo que garantirá uma coerência interna à Constituição.

Outro ponto que demonstra a maior complexidade da criação legislativa dos direitos fundamentais concerne à sua natureza jurídico-política. A criação de uma nova Constituição não possui limitações jurídicas, pois trata-se do passo inicial do ordenamento jurídico de um Estado. Sua função é exatamente a de juridicizar as decisões políticas fundamentais, limitando, assim, os debates políticos futuros. Dessa forma, a Constituição é a fronteira que separa o político do jurídico e, por isso, suas normas possuem um caráter híbrido³⁵. No momento pré-jurídico do processo constituinte, o ponto mais delicado dos debates está na delimitação dos direitos fundamentais, em especial quando a promulgação de uma constituição reflete a substituição de uma ideologia por outra diametralmente oposta, como foi o caso da Constituição Federal de 1988, que instituiu o Estado Democrático, pondo fim à ditadura militar.

Assim, em sua maioria, os direitos fundamentais surgem em momentos de rupturas políticas do Estado, normalmente envolvidos em conflitos internos entre classes sociais pelo domínio do poder. Por consequência dessa conjuntura instável, na qual a sociedade se encontra dividida por incompatibilidades de interesses, o sentido e alcance desses direitos não podem ser definitivamente delineados no texto constitucional, visto que são eles somente expressos de maneira aberta, postergando sua complementação para momentos posteriores quando o novo Estado se consolida.

Um terceiro aspecto que merece destaque é o elevado grau de generalidade e abstratividade que permeia os enunciados normativos dos direitos fundamentais. Considerando a conjuntura política anteriormente comentada e o fato de a Constituição ser um documento que visa regular o todo, diferente de leis ordinárias, que têm finalidades específicas, o constituinte está obrigado a utilizar-se de termos mais genéricos que os das demais normas. No que concerne aos direitos fundamentais, em especial aos sociais, sua carga axiológica mais elevada impõe uma maior abertura normativa, circunstância que diminui sua densidade jurídica, de modo que os enunciados normativos de direitos fundamentais utilizam-se de

³⁵ Luís Roberto Barroso observa bem esse caráter político da Constituição: “A despeito de seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objetivo é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical e onde se distribuem competências de governo, administrativas, tributárias, além da complexa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e com o Poder Público. Por que assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se liberará de uma dimensão política, como assinalam os autores mais ilustres” (BARROSO, op. cit., p. 115).

palavras e expressões mais polissêmicas, o que abre um leque ainda maior de sentidos possíveis a serem analisados pelo julgador.

Por fim, é necessário abordar a estruturação normativa preferencialmente principiológica dos direitos fundamentais. Trata-se da especificidade que mais torna complexa sua interpretação, porque, na verdade, coroa todas as demais. Utiliza-se da espécie normativa principiológica para expressar os direitos fundamentais por se compatibilizar com as exigências advindas da sua superioridade axiológica, de sua natureza jurídico-política e de seu elevado grau de generalidade e abstratividade.

Todos esses fatores tornam quase impossível a formulação de regras jurídicas, uma vez que o constituinte não tem em mão elementos suficientes para construir um enunciado normativo mais denso. Os elementos fáticos de que dispõe são escassos em razão do próprio objetivo constitutivo da Carta Magna. As decisões políticas ali tomadas não tratam de pormenores da vida cotidiana, não indicam condutas específicas, senão daquelas mais relevantes. Logo, não é de se esperar que os direitos fundamentais indiquem de maneira minudente quais condutas devem ser proibidas, permitidas ou impostas, pois essa tarefa cabe ao legislador ordinário em seu ofício de regulamentar a Constituição. Portanto, a utilização da estrutura normativa principiológica na expressão formal dos direitos fundamentais é uma exigência de sua própria natureza, e não um defeito.

286

Como nos princípios jurídicos exige-se do julgador maior esforço cognitivo para a identificação da deonticidade da norma, o processo interpretativo se agrava, ao passo que nas normas regras a valoração da conduta é realizada pelo legislador, cabendo ao intérprete compatibilizar o caso concreto com a norma geral e abstrata. Nos princípios não há uma previsão prévia de conduta, mas somente a consagração de um valor, cabendo ao julgador fazer esse núcleo axiológico incidir no caso concreto, de modo a identificar o suporte fático e expressar seu caráter deontico.

A ampliação do poder criativo do intérprete nos direitos fundamentais

Com o advento do movimento constitucionalista, a hermenêutica jurídica ganha novo grau de complexidade. As especificidades das normas de direitos fundamentais dificultaram a visualização de uma argumentação jurídica clara na aplicação desses direitos, pois os métodos interpretativos, até então desenvolvidos, não surtiem os mesmos efeitos obtidos na aplicação das normas ordinárias, comprometendo a limitação satisfatória do poder criativo do julgador.

A solução imediata imposta pelas exigências de segurança e certeza jurídica foi a ausência de juridicidade de tais normas, concebendo os direitos fundamentais que não se encaixassem nos padrões normativos clássicos como simples recursos de complementação lógica do sistema ou meras pautas programáticas. Tais

normas careciam, assim, de eficácia prática imediata, estando na dependência de regulamentação legislativa para passar a possuir exigibilidade jurídica.

Com o desenvolvimento da teoria da norma jurídica, em especial no que diz respeito à força normativa dos princípios jurídicos, restou superada essa concepção que impunha a inatividade dos direitos fundamentais. Tal evolução doutrinária foi propulsão pelo catastrófico resultado de sua inefetividade. Como esses direitos não eram efetivados, e tinham entre suas funções primordiais a limitação do Poder Estatal, o resultado foi o crescimento exagerado do Poder Executivo, dando ensejo ao nascimento das ditaduras militares e, em última análise, às guerras mundiais.

Cientes disso, os responsáveis pela reestruturação dos Estados, após o término da Segunda Conflagração Mundial, superaram a mentalidade positivista de que os direitos fundamentais são somente fonte para as normas infraconstitucionais ou de aplicação subsidiária, concebendo-as antes, e sobretudo, como normas jurídicas propriamente ditas, prontas para regular relações jurídicas³⁶. Esse novo entendimento levou as cartas constitucionais a prever em seus textos uma cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Esse preceito de otimização dos direitos fundamentais encontrou manifestação expressa no texto da Constitucional Federal de 1988, no § 1º, do artigo 5º, inclusive com proteção de cláusula pétreia³⁷.

Diante desse preceito, os julgadores passaram a ter a obrigação constitucional de aplicar os direitos fundamentais, tendo agora o dever de, com base nesses direitos, indicar a norma específica que regerá o caso concreto. A concretização dos direitos fundamentais pelo julgador não se confunde com o das normas ordinárias. Embora a aplicação da lei de modo geral implique um poder criativo, esse é consideravelmente maior, pois o sentido que o intérprete dará à norma será fruto de uma avaliação dos valores constitucionais, afastando as concepções que contrariem os direitos fundamentais³⁸.

³⁶ Paulo Gustavo Gonet Branco, ao tratar da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, defende que: “Essa preocupação liga-se à necessidade de se superar, em definitivo, a concepção do Estado de Direito Formal, em que se protegiam os direitos fundamentais por meio da regulamentação da lei, expondo esses direitos ao esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador” (MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 133).

³⁷ Paulo Gustavo Gonet Branco diz que: “Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional, para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF, autoriza que os operadores do direito, mesmo falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles” (MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 134).

³⁸ Nesse sentido, a lição de José Albuquerque Rocha: “Agora, o magistrado é chamado pela Constituição a colocar-se diante das leis, não mais como um ‘descobridor’ de um sentido que se acreditava já existente nelas, mas como um investigador, que tem o poder-dever de pesquisar os valores das leis em função dos valores constitucionais para repulsar a aplicação das que impliquem

As especificidades que cercam os direitos fundamentais fazem com que aquela lacuna normalmente existente entre a norma geral e abstrata elaborada pelo legislador e aquela específica e concreta editada pelo julgador, que representa a margem de discricionariedade legítima desse último, seja excessivamente ampliada, se confundindo com o próprio campo de atuação do legislador.

Essa dificuldade de limitação do poder criativo do intérprete na aplicação dos direitos fundamentais se evidencia em duas situações bastante corriqueiras: 1) situações em que chegam ao Judiciário ocorrências novas que não foram ainda objeto de trabalho pelo Legislativo, inexistindo solução clara no ordenamento jurídico; e 2) hipótese em que o legislador elabora normas que vão de encontro às disposições dos direitos fundamentais.

A primeira situação envolve os chamados casos difíceis, pelos quais se entende as situações fáticas inusitadas, não enfrentadas pelo legislador e que, portanto, não encontram respostas claras no texto normativo, nem mesmo por meio de interpretações analógicas. Em tais casos, o magistrado não pode se escusar do seu dever de dizer o direito no caso concreto, devendo ele dar uma solução ao problema com base nos fundamentos axiológicos do sistema albergados nos direitos fundamentais.

A controvérsia gira em torno da forma como se desincumbirá desse mister. É nesse ponto que surgem as principais discussões, pois a atividade do julgador se aproximaria muito daquela realizada pelos legisladores. A verdade é que, em maior ou menor grau, ainda se verifica uma forte resistência contra manifestações do Judiciário que não estejam acobertadas pelo manto de uma legislação específica. O posicionamento clássico da separação dos Poderes, segundo o qual os juízes devem aplicar o direito criado pelo legislador, embora já muito relativizado, ainda é intenso atualmente. Por esses motivos, a aplicação de direitos fundamentais diretamente a casos concretos, sem a intermediação de uma lei regulamentadora, ainda é muito criticada por configurar tal hipótese uma das mais fortes e nítidas manifestações de criatividade judicial.

Os direitos fundamentais permitiram que o Judiciário ampliasse seu poder criativo não somente na perspectiva positiva, mas também em um âmbito negativo. No auge do positivismo, em uma compreensão radical da separação dos poderes, tão inconcebível quanto admitir que os membros do Judiciário editassem de maneira originária a norma do caso concreto, era admitir que os tribunais invalidassem uma norma fruto da vontade geral emanada do Poder Legislativo. Essa visão foi abrandada, com o desenvolvimento do constitucionalismo e da organização piramidal do ordenamento, na qual o fundamento de validade das

valores contrastantes com os constitucionais⁹ (ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 114).

normas está em última análise na Constituição e, principalmente, nos direitos fundamentais. Com isso desenvolve-se a noção de jurisdição constitucional, pois, a partir desse momento, a atuação do Judiciário se desenvolveria principalmente perante a Constituição, e não perante a lei.

Nesses termos, a segunda hipótese, que revela o crescimento do poder criativo do intérprete, envolve o controle de constitucionalidade, instrumento jurídico que busca assegurar a supremacia da Constituição mediante o afastamento de normas infraconstitucionais que sejam contrárias às disposições da Carta Magna.

Quando a contrariedade é clara e incontestada, esse instrumento não gera maiores dúvidas, por exemplo, quando a Constituição veda peremptoriamente uma determinada conduta e o legislador edita uma lei determinando-a como obrigatória.

Todavia, quando esse controle envolve a interpretação dada a um determinado dispositivo constitucional, a temática revela sua verdadeira complexidade. Em tais casos não se trata de simples aplicação do dispositivo constitucional segundo sua literalidade, mas, sim, de um dos sentidos possíveis que a esse texto pode ser atribuído. O amplo rol de significados dos enunciados de direitos fundamentais abre margem para abusos por parte do Judiciário, posto que essa característica permite uma maleabilidade argumentativa que pode justificar o aumento ou redução da interferência do Judiciário nos demais poderes, de acordo com a conveniência³⁹.

Ora, o Poder Legislativo, composto dos representantes do povo, eleitos por sufrágio universal, ao analisar um fato que concretiza um direito fundamental, deparou-se com um imenso rol de possibilidades argumentativas, que direcionavam a proposições diversas, às vezes até contraditórias, e, ao final, entenderam corresponder um deles à vontade popular, positivando-o. O Judiciário não pode se utilizar da abertura semântica dos enunciados normativos de direitos fundamentais para atribuir-lhes o sentido que melhor atende aos interesses próprios do julgador, desconsiderando o interesse popular, erigidos pelos membros do Legislativo.

Embora, de fato, as deliberações legislativas nem sempre sigam os direcionamentos da vontade popular, o Poder Judiciário não possui representatividade para proceder a uma reanálise do fato normatizado, afirmando que o legislador elegeu de maneira errônea a proposição que melhor assegura o direito funda-

³⁹ É o que adverte Renato Stanzola Vieira: “Expressões plúrimas de significador como segurança jurídica, relevância social, governabilidade, têm servido de escudo retórico ora à *complacência* ora à *intromissão* da Jurisdição Constitucional, com risco à proteção de direitos fundamentais” (VIEIRA, op. cit., p. 305).

mental, substituindo-a por outra. Entender dessa forma significa instaurar a ditadura do juiz, que assumirá uma posição soberana, criando, aplicando e executando o direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do presente estudo, pode-se dizer, a título de conclusão, que ao se proceder a interpretação dos direitos fundamentais não se pode confundir norma e enunciado normativo, de modo a possibilitar a compreensão da polissemia dos textos pelos quais esses últimos se expressam, questão central para avaliar a atividade do intérprete.

Observou-se que a hermenêutica jurídica passou por um processo de evolução, no qual a interpretação deixou de ser considerada a simples revelação do sentido correto do texto, assumindo a postura de escolha de um dos seus sentidos adequados, de modo que o intérprete não realiza uma simples atividade silogística, mas também participa ativamente do processo.

Com base nessas duas conclusões preliminares, constatou-se que o julgador, como intérprete da norma jurídica, possui indiscutível poder criativo, tendo, assim, a função primordial de dar vida à letra fria da lei, medida que se mostra necessária à correta aplicação do direito, mas que deve ter limites para se evitar excessos.

Observou-se, ainda, que essa criatividade jurisdicional é potencializada no procedimento de efetivação dos direitos fundamentais em razão da superioridade axiológica, da natureza jurídico-política, do elevado grau de generalidade e abstratividade e da estruturação preferencialmente principiológica de seus enunciados normativos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- VILHENA VIEIRA, Oscar. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ACERCA DE LA EJECUCION DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO EN LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

SOBRE A EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS DO ESTADO AO PAGAMENTO DE QUANTIA EM DINHEIRO NA REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI

*Edgar J. Varela-Méndez**

RESUMEN

La ejecución de sentencias de condena a pagar sumas de dinero contra el Estado plantea diversas dificultades que el Código General del proceso procuró subsanar. No obstante, sucesivas modificaciones legales han desvirtuado el propósito originario. Particular importancia adquiere, como órgano de pago el Ministerio de Economía y Finanzas al que se admiten en la práctica, oposiciones y planteos inadmisibles. Se suma a ello la caducidad de los créditos contra el Estado y demás personas públicas oficiales.

Palabras claves: Ejecución contra el Estado; Uruguay, Dificultades; Caducidad de los Créditos.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrático de Técnica Forense, Catedrático (*a.i.*) de Derecho Procesal, Profesor Asociado (muy sobre calificado para Catedrático) de Propiedad Horizontal y Locación Urbana y Coordinador y Docente de los Cursos para Graduados de Derecho de Arrendamientos y Procesos Arrendaticios Urbanos, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Catedrático de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de la Empresa. Profesor del Módulo Procesos de Desalojo Urbano del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay. Profesor Invitado de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario. Miembro Fundador del Instituto Uruguayo de Derecho de Arrendamientos Urbanos. Miembro Fundador y actual Vicepresidente de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal. Miembro Titular de los Institutos de Técnica Forense, Uruguayo de Derecho Procesal, Iberoamericano de Derecho Procesal, Asociación Internacional de Derecho Procesal y Panamericano de Derecho Procesal. Del Consejo de Dirección de la Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Miembro Titular de la Sala I del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados del Uruguay. Canelones n° 1.929 depto. 403, CP 11.200, Montevideo, Uruguay. E-mail: varelamendez@hotmail.com.

RESUMO

A execução de sentenças condenatórias a pagar quantia em dinheiro contra o Estado apresenta varias dificuldades que o Código de Processo procurou sanar. Entretanto, sucessivas modificações legais desvirtuaram o propósito originário. Particular importância adquire, como órgão competente para o pagamento o Ministério de Economia e Finanças ao que se admitem na prática, oposições e proposições inadmissíveis. Se agrega a isto a caducidade dos créditos contra o estado e demais pessoas públicas oficiais.

Palavras-chave: Execução contra o Estado; Uruguai; Dificuldades; Caducidade dos Créditos.

I

“Lex est aranea tela, quia, si in eam inciderit quid debile, retinetur; grave autem pertransit tela rescissa”.

Nada mejor que el antiguo aforismo latino para comenzar el análisis de un tema que hace al necesario acatamiento por parte del Estado de las sentencias dictadas por los Tribunales, cumpliendo, por lo demás, en forma puntual y exacta las preceptivas legales.

Enseña Devis Echandía¹: “Igualmente, sabemos que no puede concebirse el derecho sustancial sin la acción, aun cuando esta última bien puede existir y ser ejercitada válidamente, sin que el actor tenga el derecho sustancial que pretende; de manera que la existencia misma de los derechos subjetivos presupone la del derecho procesal. El señalamiento de normas para el ejercicio de la facultad de administrar justicia es ya una limitación al poder absoluto del Estado, y sólo se presenta a medida que surge en la conciencia de los pueblos *el concepto de que la autoridad no debe ser ilimitada y que debe someterse también a normas preestablecidas para su ejercicio*”.

En el preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2.000, entre los objetivos principales que anima a la nueva Ley, se destaca el de la efectividad, de la que se da el siguiente concepto: “Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela y con mayor capacidad de transformación real de las cosas”².

II

Expresa la doctrina que impuesta la necesidad de constituir un Estado de Derecho, resulta incuestionable la sujeción de las personas estatales a las normas

¹ Cfr. Hernando Devis Echandía. “Nociones generales de Derecho Procesal Civil”, Aguilar, Madrid, 1966, p. 3, el destacado me pertenece.

² Cfr. Julio José Elías Baturones: “La prueba de los documentos electrónicos en los Tribunales de Justicia”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 81-82.

jurídicas, así como la posibilidad de responsabilizarlas por sus actos y omisiones contrarios a derecho, siendo igualmente esencial la posibilidad de hacer efectiva esa responsabilidad mediante la aplicación coactiva de fallos³.

Y cabe consignar asimismo que el Estado – tomando la expresión *lato sensu* al igual que las demás personas, está sometido al Derecho y por ende a la potestad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial, del mismo modo que está sometido a la Constitución y a las Leyes. Este es uno de los rasgos definitorios del Estado de Derecho y una de las consecuencias del sistema republicano democrático de gobierno. Por ende, todo privilegio que debilite o dificulte la efectiva sumisión de las entidades estatales a Derecho o su acatamiento de las sentencias jurisdiccionales, por su excepcionalidad respecto de los principios rectores del Estado de Derecho y del aludido sistema democrático republicano de gobierno, debe ser de interpretación restrictiva, no resultando admisible la extensión analógica. Por otra parte, si los privilegios que el Estado legislador da al Estado parte demandada en juicio llegan al extremo de impedir que una sentencia de condena tenga concreta ejecución, la norma resultaría inconstitucional⁴.

Como expresa Ettlín⁵ el Organismo Público mandado legalmente o la Administración encargada de pagar deben cumplir con la condena judicial a abonar dinero obedeciendo al solo requerimiento del juzgado de la ejecución sin discutir ni pretextar óbices para dilatar o para no cumplir ... además debe dar el ejemplo de inmediato cumpliendo con las decisiones judiciales. Que el Estado debe ser el primero en cumplir con el Derecho se deriva de que como es el productor de la norma jurídica debe ser el primero en someterse a ella, sin que el cumplimiento de la misma dependa de su criterio de discrecionalidad u oportunidad. Y, citando a mi maestro Barrios De Ángelis⁶: “el Estado tiene el deber más fuerte de obediencia al orden jurídico”, recordando que el mandato judicial es la ley del caso concreto.

Enseña Barrios de Ángelis, que la sentencia de condena incumplida es un instrumento imperfecto, un *ens imperfectus*, mitad satisfacción y mitad insatisfacción. Y ése es su drama; el drama de la sentencia incumplida, su carencia, requiere e impone soluciones. El incumplimiento, el fracaso de hecho de la sentencia de condena, implica un fracaso de la coacción que la sentencia implica⁷.

³ Cfr. Alicia Castro: “Ejecución de sentencias contra personas públicas estatales”, en “IXas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, Ed. Universidad, Montevideo, 1997, p. 59 y sigs., esp. p. 60.

⁴ Cfr. Carlos Sacchi: “Ajuste de la Administración a las sentencias jurisdiccionales”, en “Primer Coloquio de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción”, Ed. Universidad, Montevideo, 1993, p. 83 y sigs., esp. p. 85-86.

⁵ Cfr. Eduardo Ettlín: “Procesos de ejecución de sentencias de condena a pagar sumas de dinero contra el Estado”, Amalio M. Fernández, Montevideo, 2008, p. 29.

⁶ Cfr. E. Ettlín: op. cit., p. 138.

⁷ Cfr. Dante Barrios De Ángelis: “Naturaleza jurídica de la astrictión”, en Rev. U. D. Procesal, 1980, p. 11 y sigs., esp. p. 13 y 16.

III

1. Previene la norma del artículo 400 del Código General del Proceso (en la redacción dada por el artículo 51 de la Ley n. 17.930): “Si una sentencia condenara al Estado al pago de una cantidad de dinero líquida y exigible y hubiera quedado ejecutoriada, el acreedor pedirá su ejecución mediante el procedimiento que corresponda. Si se hubiera promovido un incidente liquidatorio o se tratara de una reliquidación, los abogados patrocinantes de la Administración deberán comunicar por escrito al jerarca inmediato en un plazo de tres días hábiles, acompañando fotocopia autenticada de la sentencia definitiva e incidente de la liquidación.

“Habiendo quedado ejecutoriada la sentencia o, en su caso, el incidente de liquidación, el órgano judicial interviniente comunicará al Ministerio de Economía y Finanzas que debe ordenar su pago, a quien la sede jurisdiccional designe, en un plazo de cuarenta y cinco días corridos a partir de su notificación.

“El Ministerio de Economía y Finanzas deberá efectuar el pago en el mismo plazo, atendándose la erogación resultante con cargo al Inciso 24 “Diversos Créditos””⁸.

2. La redacción originaria de este artículo prevenía: “Ejecutoriada una sentencia contra el Estado, el acreedor pedirá su ejecución mediante el procedimiento que corresponda.

212

“Si la sentencia condenare al pago de una cantidad de dinero líquida y exigible, se hará saber al Banco de la República Oriental del Uruguay que debe poner a la orden del órgano jurisdiccional interviniente, debitándola de la cuenta del Estado, una suma equivalente al monto de la ejecución, a lo que debe proveerse dentro del plazo de diez días. Confirmada por el Banco la disponibilidad de la suma, se librará orden de pago a favor del acreedor.

“El Poder Ejecutivo tomará, en la preparación de cada Presupuesto General de Gastos, las providencias necesarias para cancelar los débitos del ejercicio anterior a que se refiere este artículo”.

IV

La finalidad de esta norma, surge de la intervención del codificador Torello en la Comisión de Constitución y Legislación del Senado: “Quisiera referirme a ciertos antecedentes que ayudarían a mejor pensar estas dos normas (alude a los artículos 400 y 401).

⁸ Sobre la evolución normativa sobre el punto, *vid.*: Beatriz Tommasino: “Ejecución de sentencias contra el Estado”, en “Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo”, FCU, Montevideo, 2006, p. 249-278, esp. p. 271-276.

Acerca de la ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de sumas...

“Se dice que el Estado es inejecutable. Eso no es totalmente cierto. Cuando se le condena a dar alguna cosa, por ejemplo, si es desalojado o adquiere una vivienda y no paga, puede ser lanzado, o sea que es ejecutado.

“Lo que sucede es que el patrimonio del Estado es inembargable y, en función de esa inembargabilidad, no puede haber ejecución en dinero, porque no puede haber nunca proceso de ejecución sin patrimonio realizable. O sea que tenemos la curiosa situación de que el Estado es ejecutable en obligaciones de hacer o no hacer; pero no lo es cuando se trata de dar una suma de dinero, lo cual no parece congruente.

“En casi todos los países existe un fondo embargable del Estado, dispuesto por norma presupuestal, contra el cual se puede girar para hacer efectiva la sentencia.

“... no se puede admitir que el Estado no cumpla una sentencia de un órgano que lo integra. La peregrinación de alguien que es beneficiado por una sentencia que condena al Estado a pagar una suma de dinero es increíble”.

Y el presidente de la Comisión – Senador Gonzalo Aguirre Ramírez –, concluye: “Sin embargo, estoy de acuerdo con la norma: hay que buscar un procedimiento para que el estado pague”⁹.

V

1. No obstante, la norma originaria fue modificada por el artículo 685 de la Ley n° 16.170, quedando redactada así: “Ejecutoriada una sentencia contra el estado, el acreedor pedirá su ejecución mediante el procedimiento que corresponda.

“Si la sentencia condenare el pago de una cantidad de dinero líquida y exigible, se hará saber al Ministerio de Economía y Finanzas que debe depositar en el Banco Hipotecario del Uruguay y a la orden del órgano jurisdiccional interviniente y bajo el rubro de los autos que correspondan, una suma equivalente al monto de la ejecución dentro del plazo máximo de ciento veinte días.

“Depositada la referida suma se libraré orden de pago a favor del acreedor.

“El Poder Ejecutivo incluirá en el Balance de Ejecución Presupuestal correspondiente, los importes referidos en el inciso anterior”.

2. Esta norma fue derogada por la Ley n. 16.994, que reinstaló el artículo 400 en su redacción originaria.

3. Y que fue nuevamente modificado por la Ley n. 17.296, artículo 29, en los siguientes términos: “Ejecutoriada una sentencia contra el Estado, el acreedor

⁹ Cfr. Cámara de Senadores: “Código General del Proceso. Antecedentes y discusión en la Comisión de Constitución y Legislación del Senado y en la Cámara de Senadores”, Montevideo, 1988, p. 695-696.

pedirá su cumplimiento, por el procedimiento correspondiente (artículo 378 del Código General del Proceso), con intimación por el plazo de diez días. Cumplido el mismo, si la sentencia condenare al pago de una cantidad líquida y exigible, y no se hubiera controvertido la liquidación por el Estado, se comunicará al Ministerio de Economía y Finanzas, el cual en un plazo de treinta días corridos a partir de su notificación, ordenará al Banco de la República Oriental del Uruguay (BROU), que se acredite a la orden del órgano jurisdiccional interviniente la suma correspondiente, previa intervención del Tribunal de Cuentas, quien se expedirá dentro de los quince días de haber recibido el expediente respectivo. Vencido dicho plazo sin que se hubiera pronunciado, el gasto se tendrá por intervenido.

“Confirmada por el BROU la disponibilidad de la suma, se libraré orden de pago a favor del acreedor.

“Sin perjuicio de lo dispuesto, dictada la sentencia de condena al Estado a pagar cantidad líquida y exigible, los abogados patrocinantes de la Administración deberán comunicar por escrito tal hecho a su jerarca inmediato, quien a su vez tomará los recaudos necesarios a efectos de comunicar dicho extremo al Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la tesorería General de la Nación.

“El incumplimiento de lo anteriormente dispuesto será considerado falta grave”.

4. Y por último, el texto actualmente vigente, ya transcripto.

Y esta evolución normativa pare tornar aplicable la sabiduría criolla:

“La Ley es como el cuchillo

“No ofende a quien lo maneja”¹⁰, porque ha contribuido, progresivamente, a dificultar el proceso de cobro.

VI

La norma apunta a la ejecución de sentencia. Hubo previamente entonces un juicio ordinario o un juicio ejecutivo, donde recayó decisión definitiva.

Recaída sentencia – eventualmente sentencia en la etapa de liquidación, sentencias ejecutoriadas – la nueva redacción previene: “el acreedor pedirá su ejecución mediante el procedimiento que corresponda.”

La Ley n. 17.296 remitía al procedimiento del artículo 378¹¹ del Código ritual y disponía una intimación previa con plazo de diez días.

¹⁰ Cfr. José Hernández: “Martín Fierro”, 2ª Parte, XXX.

¹¹ Artículo 378 del Código General del Proceso: “Sentencias que condenan al pago de cantidades ilíquidas. 378.1 Cantidad ilíquida – Cuando una sentencia condene al pago de cantidad ilíquida – en todo o en parte – se provocará su liquidación en vía incidental, previa a su ejecución en vía de apremio; procederá igual solución, cuando en otro acto jurídico establezca una deuda ilíquida exigible. 378.2 Cantidad procedente de frutos – Promovida la demanda, el tribunal conferirá traslado de la misma, debiendo el deudor formular la liquidación al contestarla; de la contestación se

Acerca de la ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de sumas...

En el nuevo régimen, la intimación se mantiene por aplicación del artículo 372.3¹² *eiusdem*, ahora con plazo de tres días.

Ettlin¹³, opina que no es necesaria la intimación con plazo de tres días. Para los juicios ejecutivos la descarta.

Participo no obstante, de la línea doctrinaria que mayoritariamente la requiere. En tal sentido se han pronunciado Castro¹⁴, Klett¹⁵ y Tommasino¹⁶ (los trabajos de Castro y Klett son anteriores a la Ley n. 17.930; el de Tommasino posterior).

Y ha de aplicarse, como afirmara *ut retro* la solución de los artículos 372.3 y 372.4¹⁷ del Código procesal, o sea los tres días y no los diez de la redacción anterior.

VII

De conformidad con lo establecido por el inciso 2 del artículo 384 de la Ley n. 16.320, con la modificación del artículo 615 de la Ley n. 17.296: “Cuando se trate de demandas referidas al Poder Ejecutivo, en asuntos correspondientes a algún Ministerio, la citación, el emplazamiento y, en general, cualquier notificación que deba hacerse a domicilio, se practicará en la sede de la Dirección General de Secretaría del Ministerio respectivo”.

conferirá traslado al actor, siguiéndose, en lo demás, lo establecido en el Capítulo II, del Título III, de este Libro.

Si el demandado no presentare la liquidación, se estará a la que presente el actor, salvo prueba en contrario.

378.3 Cantidad procedente de daños y perjuicios – El actor, al promover la demanda incidental, deberá realizar la liquidación de daños y perjuicios, siguiéndose, en lo demás, el trámite del Capítulo II del Título III, de este libro.

378.4 Recursos – Contra la sentencia que decida el incidente de liquidación, podrán interponerse recursos de reposición y apelación (artículos 245, 250.2 y 254)”.

¹² Artículo 372.3, Código General del Proceso: “Las medidas de ejecución, cualesquiera que ellas fueren, sólo podrán ser ordenadas previa intimación de acuerdo con el artículo 354.5, requiriendo que se cumpla la sentencia con plazo de tres días”.

Artículo 354.5: “Cuando no exista diligencia judicial de reconocimiento o protesto personal, la ejecución no podrá decretarse sin previa intimación de pago al deudor, con plazo de tres días, la que podrá efectuarse por telegrama colacionado. Esta intimación no será necesaria en los casos que leyes especiales así lo dispongan”.

¹³ Cfr. E. Ettlin: op. cit., p. 53-56.

¹⁴ Cfr. A. Castro: op. cit., p. 63.

¹⁵ Cfr. Selva Klett: “Proceso de Ejecución. Comisión I Relato General”, en Rev. U. D. Procesal, 1997, p. 505-524, esp. p. 516 y 517.

¹⁶ Cfr. B. Tommasino: op. cit., p. 270-271.

¹⁷ Artículo 372.4, Código General del Proceso: “Dentro de ese plazo, el condenado deberá cumplir la sentencia. Si se tratare de condena al pago de cantidad líquida, deberá consignarse lo adeudado a la orden del tribunal y bajo el rubro de autos; igualmente procederá en el caso de cantidades fácilmente liquidables, en cuyo caso acompañará, dentro de los tres días siguientes, la constancia de la consignación”.

Por ende, en caso de procesos contra el Estado, Poder Ejecutivo, las actuaciones han de cursarse contra y por el Ministerio involucrado en el asunto.

La Ley n. 17.930, no modifica esta preceptiva ni la situación procesal que de ella deriva. Las actuaciones judiciales, la causa o pleito contra el Estado Poder Ejecutivo, se cursan contra el Ministerio respectivo. El Ministerio de Economía y Finanzas sólo actúa a los efectos de dar cumplimiento al pago dispuesto por la jurisdicción, pero no adquiere la calidad de demandado pues ésta la asumió – forzoso parece reiterarlo –, el Ministerio del ramo.

Es muy claro que la liquidación formulada tiene que haber sido aprobada por la Sede interviniente, quedando firme por la no oposición del Ministerio demandado o por la confirmatoria de lo decidido, antes de comunicar al Ministerio de Economía y Finanzas que verifique el pago.

La propia norma del artículo 400 del Código adjetivo lo indica sin habilitar dudas de especie alguna: “*Habiendo quedado ejecutoriada la sentencia, o, en su caso, el incidente de liquidación, el órgano judicial interviniente comunicará al Ministerio de Economía y Finanzas que debe ordenar su pago, a quien la sede jurisdiccional designe, en un plazo de cuarenta y cinco días corridos a partir de su notificación*”. “El Ministerio de Economía y Finanzas *deberá* efectuar el pago...”¹⁸.

El sentido de la norma es claro: una vez firme, ejecutoriado, el pronunciamiento judicial – sea la sentencia o el auto aprobatorio del crédito –, el tribunal comunicará – imperativo – al Ministerio, a los solos fines de que éste efectúe el pago (también el imperativo: *deberá*).

VIII

El crédito admitido por la Sede jurisdiccional por decisión firme no puede ser cuestionado en forma alguna por el Ministerio de Economía y Finanzas que recibe intervención sólo para pagar y que, al carecer de legitimación, no está habilitado para insertar pretensiones en autos, menos para cuestionar lo que ya decidido por el tribunal ha pasado en autoridad de cosa juzgada frente al Ministerio demandado.

El requerimiento u orden de pago judicial que se libra conforme la preceptiva de los artículos 400 inc. 2 y 401 inc. 4, no es una mera comunicación, sino una orden para que el organismo legalmente habilitado o mandatado para el cumplimiento, cumpla, haciendo el traslado de los fondos. Al ser la orden judicial de pago justamente una orden, no admite que ni el condenado ni el Ministerio de Economía y Finanzas puedan discutirla mediante defensas, porque, incluso, habría precluido la etapa respectiva. Los organismos al momento de cumplir la orden de

¹⁸ Los destacados me pertenecen.

transferir los fondos, no pueden cuestionarla, ni alegar supuestos defectos, ni formular planteamientos de orden legal o constitucional (artículos 21.3¹⁹ del Código General del Proceso y 4 Ley n. 15.750²⁰)²¹.

No se prevé alternativa distinta ni para la Sede ni para el Ministerio de Economía y Finanzas.

Y es bien sabido que cuando las resoluciones quedan ejecutoriadas, ya no pueden ser impugnadas en modo alguno (artículo 215 del Código General del Proceso²²). Menos por quienes no son partes en el proceso, ya que el mismo se ha seguido con el Ministerio involucrado quien ha asumido la representación del Estado en la causa, según precisa normativa ya citada.

IX

Aun a riesgo de ser reiterativo: no se justifica la actividad cumplida sin que se parta de una liquidación. Tampoco sin que medie el conocimiento del demandado-deudor.

El Ministerio de Economía y Finanzas no es la parte demandada, única legitimada para impugnar liquidaciones y decretos judiciales, ni la representa.

Tampoco adquiere la calidad de parte en el proceso en que haya de ocurrirse al procedimiento del artículo 400 del Código ritual.

¹⁹ Artículo 21.3, Código General del Proceso: “Las decisiones del tribunal deben ser acatadas por todo sujeto público o privado, los que, además, deben prestarle asistencia para que le logre la efectividad de sus mandatos.

Para lograr esta efectividad, el tribunal podrá: a) utilizar el auxilio de la fuerza pública, que deberá prestarse inmediatamente a su solo requerimiento; b) imponer compulsiones o conminaciones, sean económicas, bajo forma de multas periódicas, sean personales, bajo forma de arresto, dentro de los límites prefijados por la ley y abreviando la conducción forzada o el arresto”.

²⁰ Artículo 4, Ley n° 15.750: “Para hacer ejecutar sus sentencias y para practicar los demás actos que decreten, pueden los tribunales requerir de las demás autoridades el concurso de la fuerza pública que de ellas dependa, o los otros medios de acción conducentes de que dispongan.

La autoridad requerida debe prestar su concurso sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pide, ni la justicia o legalidad de la sentencia, decreto u orden que se trata de ejecutar”.

²¹ Cfr. E. Ettlin: op. cit., p. 34, 67 y 92-93.

²² Artículo 215, Código General del Proceso: “Eficacia de las sentencias interlocutorias y definitivas.- Las sentencias interlocutorias, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo siguiente y las sentencias definitivas, pasarán en autoridad de cosa juzgada:

- 1) Cuando ya no sean susceptibles de recursos.
- 2) Si las partes las consienten expresamente.
- 3) Si se dejan transcurrir los plazos de impugnación sin interponer el correspondiente recurso.
- 4) Cuando los recursos interpuestos hubieren sido resueltos y no existieren otros consagrados por este Código”.

Como expresa Ettlín, sólo el organismo condenado está legitimado para oponerse; el Ministerio de Economía es sólo un agente de pago²³.

Es simplemente quien debe hacer el pago supuesto que la otra Administración demandada no lo haga y con cargo a un inciso especial (artículo 400 inc. 3). Ninguna otra calidad, aptitud o habilitación se le confiere²⁴.

Insisto: el decreto aprobatorio quedó ejecutoriado frente a quienes tienen que ver con él: el actor, el demandado y también para el propio tribunal que debe comunicar la liquidación y aun para el Ministerio de Economía y Finanzas, que debe pagar.

X

La liquidación ya no puede discutirse. Por lo demás, el único habilitado, frente a la resolución aprobatoria del tribunal, es la parte demandada. Sin perjuicio de lo que se indicará *in posterum*, por simple aplicación del principio dispositivo (artículo 1° del Código General del Proceso²⁵).

Y sea que la parte demandada no lo haya hecho, con la consecuente preclusión, o que la sentencia haya sido confirmada, la resolución queda ejecutoriada y se comunica al Ministerio de Economía y Finanzas para que pague, no para otra actuación o circunstancia.

El ordenador del pago ha sido el tribunal y el valor de la cosa juzgada que es la culminación de la función jurisdiccional, no puede estar sometida a un paso administrativo posterior que, por ejemplo, pudiera distorsionar o dilatar el cumplimiento de un fallo jurisdiccional²⁶.

El tribunal no puede, de oficio, volver sobre la resolución ejecutoriada. Menos aún puede admitir la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas.

Ello será desarrollado *in posterum*, sin perjuicio de adelantar que las nociones son elementales y tampoco habilitan hesitaciones de especie alguna.

XI

Afirma Cernelutti que los elementos subjetivos de los actos procesales son la capacidad y la legitimación. En relación a la segunda, expresa que el acto del agente

²³ Cfr. E. Ettlín: op. cit., p. 58.

²⁴ Cfr. B. Tommasino: op. cit., p. 272-274.

²⁵ Artículo 1, Código General del Proceso: “Iniciativa en el proceso – La iniciación del proceso incumbe a los interesados.

Las partes podrán disponer se sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma unilateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este Código”.

²⁶ Cfr. Oscar Sarlo: “La justicia como ordenadora de gastos. La función jurisdiccional en la determinación y ejecución de la obligación indemnizatoria del Estado”, en “Primer Coloquio ...”, cit., p. 105-117, esp. p. 116.

requiere, además de ciertas cualidades de éste, una posición suya, ya que de ella depende o puede depender su idoneidad para obrar²⁷.

En el mismo sentido, integrando las ideas de capacidad, representación y postulación, con la legitimación como requisitos del acto procesal, se pronuncia Devis Echandía²⁸.

Y la legitimación se alza, asimismo, como verdadero y propio presupuesto procesal²⁹.

Y los presupuestos procesales son aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal³⁰.

XII

No cabe duda alguna que el Ministerio de Economía y Finanzas carece de legitimación en el proceso en que no ha sido demandado ni en la etapa de ejecución.

Antes de ahora³¹ y siguiendo las enseñanzas de mi maestro Barrios De Ángelis³², definí la legitimación causal como la razonable posibilidad de que quienes se atribuyen o a quienes se atribuye la implicación en los intereses específicos del objeto, sean sus efectivos titulares. En otras palabras: la razonable posibilidad de que sean partes materiales. La legitimación procesal es la aptitud que permite el ejercicio de las funciones correspondientes a los estatutos de parte y terceros. Es la conexión de una capacidad procesal con una legitimación causal.

Como enseña Barrios De Ángelis, partes son el actor y el demandado, desde el punto de vista formal, también el titular (razonable y formalmente asumido como tal) del perjuicio en la insatisfacción (actor) y el titular (en las mismas condiciones) del perjuicio en la (posible) insatisfacción injusta (demandado)³³.

Y las partes en el proceso son acreedor (actor) y deudor (Ministerio demandado). Ellas son las que están legitimadas y, en consecuencia, las únicas habilitadas para realizar actos procesales.

²⁷ Cfr. Francesco Carnelutti: "Sistema de Derecho Procesal Civil", trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, UTEHA, Bs. Aires, 1944, T. III, p. 149-164.

²⁸ Cfr. Hernando Devis Echandía. "Nociones ...", cit., p. 458-460 y "Teoría general del proceso", Ed. Universidad, Bs. Aires, 1985, T. II, p. 453 y 454.

²⁹ Cfr. H. Devis Echandía: "Nociones ...", op. cit., p. 319 y 324; "Teoría...", op. cit., T. I, p. 319 y 324.

³⁰ Cfr. Eduardo J. Couture: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Depalma, Bs. Aires, 1966, p. 102 y sigs.

³¹ Cfr. E. J. Varela-Méndez: "Partes, generalidades, postulación", en "Curso sobre el CGP" del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, FCU, Montevideo, 1989, T. I, p. 57 y sigs., esp. p. 60 y 61.

³² Cfr. Dante Barrios De Ángelis: "Teoría del Proceso", Depalma, Bs. Aires, 1979, p. 129-133.

³³ Cfr. D. Barrios De Ángelis: "El proceso civil. Código General del Proceso". Vol. I, Idea, Montevideo, 1989, p. 66 y 67.

Como señala acertadamente Castro³⁴ “Otro aspecto que también ha motivado discrepancias es la legitimación del M.E.F. para comparecer en el proceso de ejecución y formular observaciones a la liquidación de sentencia o al cálculo del reajuste e intereses.

“Se suscita entonces la discusión acerca de su legitimación procesal (C.G.P. art. 11.2³⁵), cuestión ligada a la interpretación acerca de su función en el proceso. Se ha sostenido que en esa etapa el M.E.F. representa al Estado, que sería quien paga la condena y, por consiguiente, tiene la legitimación que pueda corresponder al Estado en la causa.

“Sin embargo, conviene recordar que cuando existe una sentencia judicial que ordena un pago, el ordenador del pago es el juez y no le compete a la administración estatal realizar contralor alguno de la corrección de la decisión judicial. Ni la Constitución ni la ley le habilitan a realizar un control de lo resuelto judicialmente y una interpretación del texto legal que así lo sostuviera, sería errónea pues haría que la ley fuera inconstitucional.

“La intervención del ME.F. se limita a dar cumplimiento a la condena que no fue cumplida espontáneamente por el obligado, prestando su concurso al requerimiento judicial de pago y por ello – según Ley n. 15.750, art. 4º – “debe prestar su concurso sin que le corresponda calificar el fundamento con que se le pide, ni la justicia o legalidad de la sentencia, decreto u orden que se trata de ejecutar”.

“En consecuencia, su comparecencia sólo es admisible si se trata de pedir alguna aclaración de lo resuelto por el magistrado a fin de cumplirlo cabalmente, pero no parece admisible que formule observaciones y objete lo resuelto por el juez”.

En el mismo sentido se pronuncia Ettlín, quien afirma que el Ministerio de Economía y Finanzas, por ser sólo un agente de pago y un ejecutor de la voluntad judicial no es parte y carece de legitimación activa para recurrir de cualquier forma³⁶.

El Ministerio de Economía y Finanzas no es parte, carece de legitimación, no puede ejercitar acto alguno inherente a la condición de tal en la causa ni procurar una vuelta *in præteritum*, revisiva de resoluciones ejecutoriadas, ni evadir las preclusiones incidentes en el proceso.

XIII

Tópico igualmente vinculado a esta especial ejecución, lo constituye el de la condena en costas y costos a la parte demandada (persona pública estatal). También

³⁴ Cfr. A. Castro: op. cit., p. 69.

³⁵ Artículo 11.2, Código General del Proceso: “Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa”.

³⁶ Cfr. E. Ettlín: op. cit., p. 112.

en la especie se está frente a una etapa o proceso de ejecución, que debió movilizarse por el incumplimiento del demandado. Corresponde, pues, que éste se haga cargo de las costas y costos.

Como enseña Carnelutti, cuando debe procurarse la actuación, es decir, la conformidad de la situación de hecho con la situación jurídica, se habla no de cognición sino de ejecución procesal. La voz ejecución significa *adecuación de lo que es a lo que debe ser*. Entra en el concepto de ejecución tanto la actividad consistente en la obediencia al mandato, como la actividad dirigida a procurar su eficacia práctica. Se está en el caso que me ocupa, ante un supuesto de ejecución forzada por dación forzada³⁷.

Ubican la etapa como proceso de ejecución también Viera³⁸ y Tommasino³⁹.

Y corresponde condenar al demandado, que no ha cumplido voluntariamente y que impone esta etapa de ejecución, en las costas y costos que la misma apareja.

Ésta es la solución propiciada por Tommasino, quien señala “En otro orden de ideas, en forma contraria a opiniones que se han vertido en doctrina, entendemos que en este tipo de ejecución, resulta de aplicación la condena en costas y costos, anexa a toda sentencia de condena, ya que no existe dispensa respecto del Estado”.

“Si bien puede considerarse que esta disposición está prevista expresamente para la vía de apremio, en el art. 388 CGP⁴⁰, argumento que llevó a Cassinelli a considerar que el tema es polémico, me pronuncio por la solución apuntada”^{41,42}.

³⁷ Cfr. F. Carnelutti: “Instituciones del Proceso Civil”, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Bs. Aires, 1973, p. 74-80. Los destacados están en el original.

³⁸ Cfr. Luis Alberto Viera: “La ejecución forzada en el C.G.P.”, en “Curso sobre el C. G. P.” del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, FCU, Montevideo, 1989, T. II, p. 143 y sigs., esp. p. 153.

³⁹ Cfr. B. Tommasino: op. cit., *passim*.

⁴⁰ Artículo 388.2, Código General del Proceso: “Liquidación- Depositado el precio, la Oficina, sobre la base de la que deberá presentar el ejecutante, formulará la liquidación, que someterá a la aprobación del tribunal, en el siguiente orden:

- a) Las costas y demás gastos judiciales;
- b) Gastos de remate aún no satisfechos (artículo 387.6) y honorarios del abogado y procurador del ejecutante;
- c) Con el remanente se pagarán el crédito del ejecutante y sus intereses, pero si hubiere embargos por créditos no satisfechos, estos últimos se pagarán en el orden de la fecha de su efectividad respectivas (artículos 380.1 y 380.7);
- d) Si hubiere sobrante, le será entregado al deudor”.

⁴¹ Cfr. B. Tommasino: op. cit., p. 270-271.

⁴² Sobre el tema, además, cfr. Blanca Arizeta: “Ejecución de sentencias contra el Estado, según el art. 400 CGP”, en “Tercer Coloquio Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción”, Ed. Universidad, Montevideo, p. 63 y sigs., esp. p. 68-75.

Posición de la que participo y que ha sido seguida por destacada doctrina. Así, Tarigo señala que en el proceso ejecutivo, la condena en costas y costos al estado deudor perdidoso es preceptiva⁴³. Y también por la jurisprudencia: – tampoco es de recibo el agravio respecto a que no correspondía la imposición de las costas y costos porque los artículos 400 y 401⁴⁴ del Código General del proceso no la preveían⁴⁵; no surge razón alguna para excluir al estado y a los órganos públicos de su condena preceptiva, máxime teniendo en cuenta que el inc. 1 del artículo 400 del Código General del Proceso prevé la ejecución contra el Estado (y los órganos previstos en el artículo 401), por el procedimiento correspondiente que es, inequívocamente, un proceso de ejecución forzada⁴⁶.

Se ha llegado al absurdo que, consentida una liquidación con costas y costos, comunicada al Ministerio de Economía y Finanzas para su pago, éste controvierta las condenas accesorias. Ello es inadmisibles, malo, pero más que peor, pésimo, resulta que algunos tribunales sustancian y resuelven estas oposiciones... Huelgan comentarios.

XIV

En suma:

- 1º Ejecutoriada la sentencia que condena al pago de cantidad líquida o la que recae en el proceso de liquidación, el crédito del acreedor ya no puede ser discutido.

⁴³ Cfr. Enrique E. Tarigo: “Proceso ejecutivo y proceso de ejecución contra el Estado”, en Rev. U. D. Procesal, 2002, p. 124 y sigs., esp. p. 125.

⁴⁴ Artículo 401, Código General del Proceso: “Sentencias contra Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados en general – Los Gobiernos Departamentales y los Entes Autónomos y servicios descentralizados industriales y comerciales del Estado, deberán realizar las provisiones correspondientes en oportunidad de proyectar sus presupuestos, para atender el pago de las sentencias, previendo los recursos necesarios para financiar las erogaciones del Ejercicio.

Si un tribunal condenara a algunos de los organismos mencionados en el inciso anterior a pagar una cantidad líquida y exigible, el acreedor pedirá su ejecución mediante el procedimiento que corresponda.

En caso de que hubiera un incidente liquidatorio o se tratara de una reliquidación, los abogados patrocinantes de dichos organismos deberán comunicar por escrito al jerarca inmediato en el plazo de tres días hábiles, acompañando fotocopia autenticada de la sentencia definitiva e incidentes de la liquidación.

Habiendo quedado ejecutoriada la sentencia o, en su caso, el incidente de liquidación, el órgano judicial interviniente comunicará al organismo demandado que debe ordenar su pago a quien la sede jurisdiccional designe, en un plazo de cuarenta y cinco días corridos a partir de su notificación, debiendo comunicar al respectivo tribunal la fecha y pago efectuado.

El organismo en cuestión podrá asimismo convenir el respectivo pago dentro de los referidos cuarenta y cinco días”.

⁴⁵ Cfr. Scia. Trib. Apel. Civil 2º Turno, n. 77/2.002, Dres. Chediak, Sasson, Sosa, en Rev. U. D. Procesal, 2003, p. 606-607, caso 279.

⁴⁶ Cfr. Scia. Trib. Apel. Civil 1er. Turno, n. 224/2.001, Dres. Gutiérrez (red.), Vázquez, Cafasso, en L. J. U., T. 126, p. 81 y sigs., caso 14.453.

Acerca de la ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de sumas...

- 2° En mérito a esa calidad – ejecutoriada, *transit in rem iudicatam* –, el Juzgado ha de actuar como debe – imperativo – por la norma: comunicarla al Ministerio de Economía y Finanzas.
- 3° Éste sólo está habilitado para realizar lo que la norma le indica: pagar – también en imperativo.
- 4° Ninguna otra intervención puede asumir el Ministerio de Economía y Finanzas, ya que: a) carece de legitimación, b) no se puede ir contra resoluciones pasadas en autoridad de cosa juzgada.

XV

Debe preverse solución para el supuesto, más que frecuente, de incumplimiento de la orden judicial de pago.

Han sido analizadas diversas alternativas por la doctrina.

Afirma Giorgi que en último término, el cumplimiento de las sentencias por la Administración depende más de una cultura cívica avanzada y de una conciencia desarrollada del deber funcional, más que de fórmulas jurídicas de garantía⁴⁷.

El hacer efectiva la responsabilidad penal por desacato u omisión contumacial de los deberes del cargo (artículos 164⁴⁸ y 173⁴⁹ del Código Penal) es un remedio para revertir ciertas privilegios exorbitantes a favor del Estado litigante, que obstan a una ejecución integral⁵⁰.

Y es que, como bien señala Sacchi: "... si las garantías constitucionales del individuo frente al poder, no son realmente eficaces o lisa y llanamente no son

223

⁴⁷ Cfr. Héctor Giorgi: "Cumplimiento de los fallos por la Administración", en L.J.U., T. 40, doctrina, p. 13 y sigs., esp. p. 21.

⁴⁸ Artículo 164, Código Penal: "(Omisión contumacial de los deberes del cargo) El funcionario público que requerido al efecto por un particular o por un funcionario público, omitiere o rehusare sin causa justificada ejecutar un acto impuesto por los deberes de su cargo, será castigado con suspensión de tres a dieciocho meses".

⁴⁹ Artículo 173, Código Penal: "(Desacato) se comete desacato, menoscabando la autoridad de los funcionarios de alguna de las siguientes maneras:

1° Por medio de ofensas reales, escritas o verbales, ejecutadas en presencia del funcionario o en el lugar en que éste ejerciere sus funciones, o fuera del lugar y de la presencia del mismo, pero en estos dos últimos casos, con motivo o a causa de la función.

2° Por medio de la desobediencia abierta, al mandato de los funcionarios.

Se consideran ofensas reales, el penetrar con armas en el lugar donde los funcionarios ejercieren sus funciones, la violencia en las cosas; los gritos y ademanes ofensivos, aun cuando no se dirijan contra éstos.

El delito se castiga con tres a dieciocho meses de prisión".

⁵⁰ Cfr. H. Giorgi: *loc. cit.*; Ruben Flores Dapkevicius: "Ejecución de sentencias contra el Estado: privilegios de las personas públicas litigantes", en "IXas. Jornadas ...", cit., p. 81 y sigs., esp. p. 88.

tales, ello evidentemente significa debilitamiento en el vigor de las instituciones propias del Estado de Derecho, pudiendo llegarse a su inoperancia bajo la vigencia formal de las mismas normas que las consagran...”⁵¹.

En el proceso de ejecución, el Juez es un colaborador del acreedor. En materia de ejecuciones contra el Estado, más bien parece que el Juez, de colaborador con el ejecutante, se convierte en colaborador del deudor contumaz, supliendo la negligencia de la parte. Parece que actúa, según enseña Calamandrei para los procesos de incapacidad⁵²: “*ma al momento in cui ... cessa di combattere ..., ecco che dietro a lui, a modo que nei combattimenti omerici gli dei d’Olimpo apparivano alle spalle dei caduti per continuare la lotta colle loro stesse armi, sorge lo Stato a raccogliere la difesa di quell’interesse che egli ha lasciato cadere...*”.

XVI

No es dable esperar que por vía normativa el Estado facilite la ejecución de sentencias dictadas contra él. Por ello ha de merecer especial atención por parte de los Magistrados la defensa de sus sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada y de las órdenes que emitan, llamando a las responsabilidades inherentes. Se juega en ello ni más ni menos que la seguridad de los habitantes de la República.

224 Caso contrario quedaría demostrado que el aforismo latino del comienzo reconoce plena virtualidad actualmente.

XVII

Los créditos contra el Estado tienen un régimen especial de caducidad.

El artículo 39 de la Ley n. 11.925, con las modificaciones posteriores dispuestas por los artículos 376 inc. 6 de la Ley n. 12.804 y 45 del Decreto-Ley n. 14.189, previene: “Todos los créditos y reclamaciones contra el Estado, de cualquier naturaleza u origen, caducarán a los cuatro años contados desde la fecha en que pudieron ser exigibles.

“Esta caducidad operará por períodos mensuales. A los solos efectos de la aplicación de este artículo, depónganse todos los términos de caducidad o prescripción del derecho común y leyes especiales, con la sola excepción de los relativos a devoluciones y reclamaciones aduaneras que seguirán rigiéndose por las leyes respectivas.

⁵¹ Cfr. C. Sacchi: op. cit., p. 84-85.

⁵² Cfr. Piero Calamandrei: “Linee fondamentali del proceso civile inquisitorio”, en “Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Chivenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento”, CEDAM, Pado va, 1927, p. 131 y sigs., esp. p. 159.

“Toda gestión fundada del interesado en vía administrativa, reclamando la devolución o pago de una suma determinada, suspenderán hasta la resolución definitiva el término de caducidad establecido”.

El inciso final de la preceptiva establece la suspensión de la caducidad por las razones allí consignadas⁵³.

XVIII

La caducidad es la extinción de una situación jurídica activa por todos los medios distintos de su consumación, cuando es irrenunciable y relevante de oficio. Se da en todos los casos en que la Ley es expresa, calificándola como consecuencia del transcurso del plazo correspondiente a una actividad omitida⁵⁴.

La caducidad es un derecho que nace con un término prefijado de validez o de existencia, pasado el cual, perece ineluctablemente. En definitiva, para que se deje de computar el plazo de caducidad, en sede judicial basta con que se presente la demanda la conozca o no el demandado; la caducidad, dada su naturaleza, se entiende que se suspende con la sola interposición de la demanda⁵⁵. En sede administrativa corresponde presentar por parte del interesado una gestión fundada reclamando el pago o devolución de una suma determinada; se establece una particularidad de este régimen de caducidad consistente en que la gestión fundada, formulada por el interesado, en vía administrativa reclamando la devolución o pago de una suma determinada, suspende hasta la resolución definitiva el término de la caducidad establecido en el mismo artículo⁵⁶.

Al expresarse que la gestión fundada formulada por el interesado suspenderá hasta la resolución definitiva el término de caducidad establecido, se establece que se refiere al concepto de acto definitivo contenido en el artículo 309 de la Constitución⁵⁷, esto es, aquel acto respecto al cual se agotó la vía administrativa^{58,59}.

⁵³ Cfr. Horacio Cassinelli Muñoz: “La caducidad en la acción de reparación”, en “Primer Coloquio...”, cit., p. 13 y sigs.

⁵⁴ Cfr. Dante Barrios De Ángelis: “Teoría...”, cit., p. 186.

⁵⁵ Cfr. Enrique Vescovi *et al.*: “Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado”, T.3, Ed. Ábaco, Bs. Aires, 1995, p. 384-387; E. Vescovi: “Derecho Procesal Civil”, T. IV, Idea, Montevideo, 1979, p. 184-187; Rev. U. D. Procesal: 1990, p. 222, caso 54; 1991, p. 77, casos 64 y 65; 1997, p. 323-324, caso 105; A.D.C.U., T. XXVIII, p. 44-45, casos 82, 83 y 84.

⁵⁶ Cfr. Andrea Yelpeo y Elsa Cabral: “Caducidad de las reclamaciones contra el Estado”, en “IX Coloquio de Derecho Público. Homenaje al Dr. Héctor Gross Espiell”, Montevideo, 2003, p. 193 y sigs.

⁵⁷ Artículo 309, Constitución Nacional: “El Tribunal de lo Contencioso Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder”.

⁵⁸ Cfr. A. Yelpeo y E. Cabral: *loc. cit.*

⁵⁹ En lo que coinciden las enseñanzas de la doctrina y una constante jurisprudencia: cfr.: Felipe Rotondo Tornaría: “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Del Foro, Montevideo, 2000, p. 272;

BIBLIOGRAFÍA

ARIZETA, Blanca: “Ejecución de sentencias contra el Estado, según el art. 400 CGP”, en “Tercer Coloquio Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y jurisdicción”, Ed. Universidad, Montevideo, s/d.

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante: “Naturaleza jurídica de la astrictión”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1980.

_____. “Teoría del Proceso”, Depalma, Bs. Aires, 1979.

_____. “El proceso civil. Código General del Proceso”, Idea, Montevideo, 1989.

BATURONES, Julio José Elías: “La prueba de los documentos electrónicos en los Tribunales de Justicia”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

CABRAL, Elsa y Yelpe, Andrea: “Caducidad de las reclamaciones contra el Estado”, en “IX Coloquio de Derecho Público. Homenaje al Dr. Héctor Gross Espiell”, Montevideo, 2003.

CALAMANDREI, Piero: “Linee fondamentali del processo civile inquisitorio”, en “Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel vinticinquesimo anno del suo insegnamento”, Cedam, Padova.

CÁMARA DE SENADORES: “Código General del Proceso. Antecedentes y discusión en la Comisión de Constitución y Legislación del Senado”, Montevideo, 1988.

CARNELUTTI, Francesco: “Sistema de Derecho Procesal Civil”, trad. De Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, UTEHA, Bs. Aires, 1944.

226 _____ . “Instituciones del Proceso Civil”, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Bs. Aires, 1973.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio: “La caducidad de la acción de reparación”, en “Primer Coloquio de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción”, Ed. Universidad, Montevideo, 1993.

CASTRO, Alicia: “Ejecución de sentencias contra personas públicas estatales”, en “IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, Ed. Universidad, Montevideo, 1997.

COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Depalma, Bs. Aires, 1966.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Nociones generales de Derecho Procesal Civil”, Ed. Aguilar, Madrid, 1966.

_____. “Teoría general del proceso”, Ed. Universidad, Bs. Aires, 1985.

ETTLIN, Eduardo: “Procesos de ejecución de sentencias de condena a pagar sumas de dinero contra el Estado”, Amalio M. Fernández, Montevideo, 2008.

FLORES DAPKEVICIUS, Ruben: “Ejecución de sentencias contra el Estado: privilegios de las personas públicas litigantes”, en “IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal”, Ed. Universidad, Montevideo, 1997.

Julio A. Prat: “Derecho Administrativo”, T. IV, vol. II, p. 69. Sentencias en La Justicia Uruguaya, T. 87, caso 10.130; Anuario de Derecho Civil Uruguayo: T. XXX, caso 96, T. XXXII, casos 108 y 109, T. XXXIII, caso 80; Anuario de Derecho Administrativo, T. IX, caso 884.

Acerca de la ejecución de sentencias que condenan al Estado al pago de sumas...

GIORGI, Héctor: “Cumplimiento de los fallos por la Administración”, en “La Justicia Uruguaya”, T. 40, sección Doctrina.

KLETT, Selva: “Proceso de ejecución. Comisión I, Relato General”, en Rev. U. Derecho Procesal, 1997.

ROTONDO TORNARÍA, Felipe: “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Del Foro, Montevideo, 2000.

SARLO, Oscar: “La justicia como ordenadora de gastos. La función jurisdiccional en la determinación y ejecución de la obligación indemnizatoria del Estado”, en “Primer Coloquio Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción”, Ed. Universidad, Montevideo, 1993.

TARIGO, Enrique E.: “Proceso ejecutivo y proceso de ejecución contra el Estado”, en Rev. U. Derecho Procesal, 2002.

TOMMASINO, Beatriz: “Ejecución de sentencias contra el Estado”, en “Estudios sobre el proceso de ejecución en homenaje a Enrique E. Tarigo”, FCU, Montevideo, 2006.

VARELA-MÉNDEZ, Edgar J.: “Partes, generalidades, postulación, representación”, en “Curso sobre el Código General del Proceso” del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, FCU, Montevideo, 1989.

_____. “A propósito de la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas y otros tópicos en ejecuciones contra el Estado”, en Rev. U. Derecho Procesal, 2007.

VIERA, Luis Alberto: “La ejecución forzada en el C.G.P.”, en “Curso sobre el C.G.P.”, del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, FCU, Montevideo, 1989.

YELPO, Andrea y Cabral, Elsa: *vid.* por ésta.

Data de recebimento: 12/11/2010

Data de aprovação: 01/12/2010

MACRO-STRUCTURAL PROCEDURAL REFORMS IN BRAZIL

AS REFORMAS PROCESSUAIS MACROESTRUTURAIAS BRASILEIRAS

Dierle Nunes*

Flaviane de Magalhães Barros**

ABSTRACT

Brazilian procedural reform's motion, in both criminal and civil spheres, has followed a pragmatic line on certain issues that distort the perspective of the democratic rule of law. This essay seeks to establish a study of the stages of the legislative process for effecting macro-structural procedural reforms which are appropriate to the democratic rule of law, thus allowing due process of law with a guarantee of citizen participation. In the proposed methodology for a procedural reform, the adequacy of the constitution and the constitutional process model has been assumed in distinguishing the following stages: previous diagnosis, defining the structural bases of the reform, formulation of the draft, public debate of the draft, legislative processing, the period of *vacatio legis* and, finally, monitoring of legislative reform and determination of the adequacy of it. As the preparatory and final stages of the legislative process are delimited, we shall analyze Brazilian civil and criminal procedural laws up to the present time.

Keywords: Procedural reform; Legislative due process of law; Civil procedure; Criminal procedure.

* Doctor of Procedural Law (PUCMinas/Università degli Studi di Roma "La Sapienza"). Master in Procedural Law (PUCMinas). Professor at the Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) and the Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas). Member of the Brazilian Institute of Procedural Law (IBDP), and the Institute of Lawyers of Minas Gerais (IAMG). Lawyer and partner in the Office Camara, Rodrigues, Oliveira Nunes & Advocacy. Correspondence to: Av Prudente de Moraes, n. 287, Salas 1401-1405, Cidade Jardim, Belo Horizonte-MG, Brazil, CEP 30.380-000. Email: dierlenunes@gmail.com – website: www.dierlenunes.com.br.

** Doctor and Master of procedural law (PUC Minas). Post-Doctorate (CAPES) from the Università degli Studi di Roma TRE. Professor at PUC Minas, in undergraduate and postgraduate studies in law. Professor at the University of Itaúna in undergraduate courses. Member of the Scientific Council of the Institute of Legal Hermeneutics. Lawyer. Correspondence to: Rua Paracatu, n.1163, sala1002, Santo Agostinho, Belo Horizonte-MG, Brazil, CEP 30180091. Email: barros.flaviane@gmail.com.

RESUMO

O movimento da reforma processual brasileira, tanto penal quanto civil, tem seguido uma linha pragmática que distorce em determinados pontos a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Assim, o presente ensaio busca estabelecer um estudo das fases do processo legislativo para a efetivação das reformas processuais macroestruturais que seja adequado ao Estado Democrático de Direito, permitindo assim o devido processo legislativo com a garantia de participação cidadã. Na proposta de uma metodologia para uma reforma processual tem-se como pressuposto a adequação à Constituição e ao modelo constitucional de processo, distinguindo-se as seguintes fases: diagnóstico prévio, definição das bases estruturantes da reforma, formulação de anteprojeto, debate público do anteprojeto, processamento legislativo, período de *vacatio legis* e, por fim, o monitoramento da reforma e adequação legislativa pontual. A partir da delimitação das fases preparatórias e finais do processo legislativo analisam-se, até o presente momento, os passos da reforma processual penal e civil brasileira.

Palavras-chaves: Reforma processual; Devido processo legislativo; Processo civil; Processo penal.

INTRODUCTION

8 Brazil has made, in the past two decades, numerous sharp reforms in the Code of Civil Procedure and, to a lesser extent, reforms in the Code of Criminal Procedure. The action of partial reforms has always been criticized on grounds of loss of firmness and cohesion of procedural texts.

In the current constitutional order, a committee was created, directed primarily by the then Ministers Sálvio de Figueiredo Teixeira and Athos Gusmão Carneiro. The committee, with the help of IBDP, began its work in the early 1990s, reviewing both the Codes of Civil and Criminal Procedures. The commission has raised several bills passed by Congress that promptly changed the CPC, establishing, for example, the preliminary injunction, the specific protection, the preliminary hearing, monitory action, as well as changes in the stage of a appeal and execution. It has also changed systematically extraordinary resources to fit the 45th amendment of the Constitution that established the “reform” of the Judiciary, systematizing the overall impact and repetitive resources of civil procedural law.

Also, a committee chaired by Ada Pellegrini Grinover was organized by the Brazilian Institute of Procedural Law to review the CPP, which gave rise to seven bills presented in 2001, some projects of which were approved, changing the CPP promptly on matters such as the interrogation of the accused, evidence, procedural subjects, sentencing, the ordinary procedure and procedure of trial by jury.

The commissions chose to propose partial reforms, organized into various bills, justifying the choice because of the lengthy and difficult nature of the legislative procedure involved in the passing of a global project to Congress.

Only in 2008, a commission comprised of jurists was set up by the Federal Senate, which was responsible for presenting a draft Code of Criminal Procedure¹. The task, accomplished in record time, was completed in March 2009 when the draft of the Criminal Procedure Code was submitted to the President of the Senate, passed the Senate under number 156/2009. Then in 2009, another Commission of jurists was established² for the proposition of a new Code of Civil Procedure. The Draft was submitted in June 2010 and is being processed by the Commission in the Senate under number 166/2010³.

The perspective of the movement of reform in Brazil changed from sharp reform to discussion of a new draft Code of Procedure. This is a demonstration that partial reforms have become a problem, because the procedural laws have become disjointed and without internal cohesion, making it difficult for “law practitioners” themselves to understand them, increasing the procedural complexity.

If the proposed comprehensive reform has positive aspects as the definition of a text with systemic cohesion, it brings to light a more complex discussion, requiring the definition of the structural bases of the reform, as well as calls for greater respect for due process of law, and proper democratic rule of law, which guarantees citizens and especially civil organizations the opportunity to participate.

Based on the understanding of the democratic rule of law process itself and the concern that all procedural reforms must be in compliance with the constitution and thus the democratic constitutional process, this essay seeks to establish criteria for defining an appropriate due process of procedural macro-structural reform, based on experience in comparative law, in order to submit a review of current path of the procedural reform movement in Brazil.

9

THE NECESSARY RESCUE OF THE IMPORTANCE OF THE PROCESS – BEYOND THE CONCEPT OF LIBERALISM AND PROCEDURAL SOCIALIZATION

Since the attainment of independence in the study of procedural law, during the mid-nineteenth century, until shortly after World War II, the predominant

¹ Nine members composed the above mentioned Commission of Jurists: Antonio Corrêa; Antônio Magalhães Gomes Filho; Eugênio Pacelli; Fabiano Augusto Martins Silveira; Félix Valois Coelho Júnior; Hamilton Carvalhido; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Sandro Torres Avelar; Tito de Souza Amaral.

² The Commission of lawyers tasked with the submission, within one hundred and eighty days, of the draft Code of Civil Procedure established by the Brazilian Senate in the ACT-379, September 30, 2009 consists of: Adroaldo Furtado Fabricio, Bruno Dantas, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Elpidio Donizetti, Teresa Arruda Alvim Wambier, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Luiz Fux, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho.

³ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Submitted August 11, 2010.

concern of scholars was with the analysis and construction of the process from a purely conceptual perspective⁴, often indifferent to the context of its application and more closely linked to the study of procedural technique.

During this period we saw, in the civil procedure, the transition from a procedural conception inherently linked to a liberal process, written and dominated by the parties (*Sache der Parteien – señores de los pleytos*)⁵, into a process that follows the perspective of orality⁶ and of the authoritarian principle, with the resulting delineation of a technical judicial activism in the procedural action. The process as an instrument of the court as an institution of social welfare⁷.

In criminal proceedings, prying loose from the inquisitorial model did not end with procedural liberalism, in spite of it having defended the design of an accusatorial model that would withdraw judgmentary powers from the magistrate which were private do the prosecution, to propose a typically liberal model – *Parteienkampf* – the fight between the parties. However, the various Codes of Criminal Procedure in Continental Europe and Latin America extended, further still, the legacy of the Napoleonic “*Code D’Instruction Criminelle*”, marked by the figure of the inquisitor judge. Thus the ‘inquisitorial’ inheritance formed the basis of the strong authoritarian concepts of procedural law of social matrix, consolidated in procedural activism. Thus combining the matrix of the inquisitorial system⁸ – visible in the structure of the inquisitorial phase of preliminary investigation, the preliminary investigation judge’s powers in pursuing the “real truth”, in mitigating the actions of the board of prosecution before the court action – the premise of social defense of the criminal court, criminal proceedings becomes an example of judicial activism.

Nevertheless, subsequent to this period and the promotion of constitutionalism in the twentieth century, some theorists have begun to realize that in the process, there is something other than a neutral technical tool, as one may take it

⁴ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978. p. 45.

⁵ MONTERO AROCA, Juan. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane. 2002, p. 31. CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002. p. 39-40.

⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la comisión de posguerra. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ejea, 1949. v. II, p. 227. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Labor, 1936. p. 28.

⁷ KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958. p. 25.

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, 2009. p. 111.

as a democratizing structure of stakeholder participation in all spheres of power in order to delimit the public decision taking process⁹.

This situation led to the growing importance of the procedure, which went on to ensure an effective influence of citizens in any decision-making, since it was gradually moving away from the possibility that a person, institution or body could have the cognitive privilege in defining state provisions.

The process begins to be perceived as a fosterer institute to the democratic game¹⁰, since all decisions must come from it, and not be made by someone with superhuman abilities. Thus, in criminal proceedings, acting in accordance to the adversarial system, guaranteeing the full right of defense (or legal defense), the right to freedom and presumption of innocence are issues that only get new light, particularly in countries of Roman-Germanic heritage, after the constitutionalism and human rights movements of the twentieth century. Thus, either through partial reforms such as the French and German ones, or overall reforms as in the case of the Italian reform, the discussion pervades not only the need to revise the judicial activism or liberal matrices, but also for a discussion of the prior assumption of the adversarial system's democratic profile. In light of these templates, one can no longer defend a liberal adversarial system, nor an inquisitorial system of socializing profile.

The process then becomes the benchmark and guarantor in judicial, legislative and administrative decision taking provisions, going even as far as to standardize private ones.

However, besides the perception that the democratic process should facilitate the participation, control and thereby legal universalization, there are outlined in the scope of court proceedings, especially in the second half of the twentieth century, a dominance and a search for practical results (efficiency¹¹ – process results)

⁹ FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, n. 3, 1958, p. 875.

¹⁰ We cannot forget the overcoming of the dichotomy of *civil law* – *common law*, in fact, due to the circulation of legal models of the past two decades.

¹¹ As Taruffo states, we can see at least two perspectives of efficiency in the court system. The first quantitative perspective is defined in terms of speed of procedures and reduction of costs, through which a cheaper and faster resolution of conflicts, with greater efficiency would be obtained, and the quality of the procedural system and its decisions would be a minor factor. A second perspective of efficiency (qualitative) was one in which one of the key elements of its implementation would be the quality of decision making and reasoning leading to the need for adequate procedural techniques, as well as accurate, fair, equitable, and he would add, democratic for law enforcement. Taruffo explains thus: that both perspectives are like sides of a coin, but they can be, and often are, seen as contradictory conceptions as a fast and cheap process can form incomplete or incorrect decisions, while the search for a “fair “(correct and legitimate) decision requires money, time and shared activity between the judge and other procedural subjects. In this situation it is usually important to choose one perspective of efficiency and exclude the other completely. (TARUFFO, Michele. Orality and writing the factors of efficiency in civil litigation.

often kept apart from a constitutional vision in which it would impose the dynamic application of constitutional principles of procedure.

With the advance of scientific studies, we see evidence of the impossibility of building procedures using as a base merely the pragmatic pursuit of their results, but instead the increasing importance of an organization to apply the fundamental rules of procedure in a dynamic way, and seek their adaptation to the full context of normative adequacy of implementation with state supervision.

Obviously this new vision will not ever forget the instrumentality of the technical process¹².

It is clear, therefore, that the dispute between a liberal, social or even, pseudo-social (neo-liberalist procedural) process¹³, can no longer respond to the lonely yearnings of a participatory citizenship, since such models of design cannot meet the procedural pluralism, in the democratic and non-solipsistic current normative context.

There has been a seek for a procedural structure that meets, at the same time, the set of constitutional procedural principles and the requirements for effective normative development¹⁴ as well as the generation of useful results, within the procedural perspective of a democratic rule of law.

12

CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008. p. 185 et seq.) Unfortunately, in the face of numerous factors, the Brazilian procedural system usually works with the quantitative efficiency, even imposing a neoliberal vision of high productivity and uniformity of decisions leading to superficial understanding by the courts (standardization of decisions), even if this occurs before a full debate around the cases, in order to improve the “resolved” case statistics. You get to the refinement of the Brazilian National Council of Justice to create productivity goals (Goal 2, for example) and replace it with a “processometer” with the productivity index of the Brazilian Courts (www.cnj.jus.br – Access on 07/10/2009).

¹² Gonçalves advocates an “instrumentality” technique, which ensures a process that becomes a “[...] better, more responsive and more democratic structure for the sentence that results from it is formed, or generated, with the guarantee of equal participation, equality and symmetry, to those who receive its effects. “ (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 171). The instrumentality technique should not be confused with the defenses of instrumentalists lines from the American realism, or Brazilian, that believes in judicial relevance as a mechanism for applying the law evenly, based on values shared by society, behold they did not believe in the existence of these values even in highly complex and plural societies like ours.

¹³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

¹⁴ Calmon de Passos, backed certainly in the best foreign doctrine, states that the effect to be defended is not the case in the utilitarian sense, but rather the order because “[...] Effectiveness of procedure or effectiveness of legal protection doesn’t equate to the effectiveness of the sentence as an act of power, but the sentence that fits the name of what was institutionalized in a democratic political order. We have said repeatedly that if some feature is ineliminable, when trying to conceptualize democracy, it is the postulate that all men are equal and substantial originally by nature, so no one can assign the condition of the sovereign lord or another. Consequently this is also the principle which is essential in a democratic organization in which power is legitimate only when exercised in terms of service and the precise limits within which it was granted, ie, in the strict area of jurisdiction previously defined and formalized in pact basic policy is that the Constitution “(CALMON DE PASSOS, 1999, p. 33).

PROCESS AND PROCEDURAL REFORMS IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

In order to establish an agenda for procedural reforms which are defined as macro-structural reforms, performing a total review of procedural coding, civil or criminal, in Brazil, one must first define its premises.

Thus, we intend to rebuild in a few lines, the theory of the process, to discuss its suitability for the framework of the democratic rule of law, demonstrating that the proceduralist framework¹⁵ played an important role in ensuring constitutional fundamental rights.

By revisiting the theoretical process it is possible, from the notion of process as security, to defend the proposal for a general theory of the procedure, comprised of the definition of a democratic process, i.e. the possibility of defining basic principles a unison for understanding the process, whether judicial, administrative, legislative or arbitative.

The theoretical proposal for clarification of legal paradigms held by Habermas helps the understanding of what the process is, in that each paradigm offers a different perspective to the institute.

In the liberal paradigm, as already noted, the process has features of procedural control of the parties, as a private instrument, and its base is the formal equality and the principle apparatus¹⁶.

In the Welfare State, the understanding of the process involves greater theoretical sophistication. In Brazil, the instrumentalists, in particular Cândido Rangel Dinamarco (1987)¹⁷, intended to publish, under the framework of the Welfare State, a process theory which has the objective of ensuring “social peace”, achievable through the completion of the “metajudicial” end of the process, which help the judge to effect and mark out social justice through the court’s procedural instrument¹⁸, despite not being able to deny the roots of socialization of thought in the conceptions of Klein¹⁹.

In this context, Brazilian procedural legislation has a strong influence from the liberal process of overcoming the struggle of parties, to a process model of Welfare State built from technical judicial activism, as shown in the text’s own explanatory memorandum to the CPP, 1941 “ We cannot continue to compromise with pseudo individual rights at the expense of the common good”²⁰. Or the words

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

¹⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. cit.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. cit. p. 159-167.

¹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. cit. p. 141 et seq.

²⁰ BRASIL, *CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 343.

of Alfredo Buzaid in the explanatory memorandum of the CPC in 1973: “The process is a tool that the state makes available to litigants in order to administer justice. Not for the simple definition of private rights in the struggle between the contending parties”²¹.

Undeniable is the influence of German and Austrian law that are precisely the procedural framework of socialization in the Brazilian Code of Civil Procedure, which is evident from the text of the explanatory memorandum. The origins of the proposed “socialization process”, the genesis of judicial activism, dating back, in theory, to Anton Menger and Oscar Bülow, through Klein who introduced this perspective into legislative proposals, and came to us through Chiovenda, as reconstructed by Nunes²². Subsequently, the socialization process in the project had Florence Access to Justice directed by Mauro Cappelletti an important milestone highlighting concern with the speed and effectiveness of adjudication and establishment of specific procedures to guarantee certain material rights.

Not only is it the legislation that is strongly marked by procedural focus on the role of the judge, which makes the task not only to judge the case but to solve the problems of social (in)justice, social control and the protection of society. There is a whole line of theoretical thinking centred on this proposal. For this theoretical basis, the process turns to its instrumentality as a means of social pacification, aiming to achieve their goals, as advocated by Dinamarco.

14

The theoretical line of instrumentality, which claims that the judge, in his decision to undertake practical correction of mistakes committed by other state sectors, to ensure social justice, is easily adapted to the theory of the procedural legal relationship.

And since Bülow (1868) the process is understood as a legal relationship between the judge and the parties, understood as the subjective link that makes one who has rights (active subject) able to claim any person who has the duty (passive subject) to discharge a given conduct.

As stressed by Nunes²³, Bülow himself supported the free and, to some extent, subjective law enforcement by judges²⁴.

Therefore, the legal relationship of procedural law puts the judge as “super-party” acting in the ruling of legal proceedings. So much so in fact that it gave rise to two subjective positions, repeatedly presented in the manual process of

²¹ BRASIL, *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 583.

²² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. cit. p. 47, 77, *passim*

²³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. cit.

²⁴ BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt. Juristische Zeitgeschichte*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v.10.

instrumentalist nature, the position of power and duty of the judge and the liability of the parties.

The first question posed by Gonçalves²⁵, in the criticism of instrumentalism, was precisely the impossibility of creating a sense of conflict, as a symmetrical position of parity among those affected, with the theoretical basis of the legal relationship, which clearly establishes the link between the subjects of the process as a hierarchical position of a subject that has power and another that should submit.

Thus, appropriation by Gonçalves of the work done by Fazzalari allowed the revision of the theory in relation to legal proceedings. Fazzalari²⁶, in the field of procedural technique, from appropriating theories of rights and public procedure²⁷, revisited the concept of process and procedure to establish, through a logical criterion for inclusion, that process is a kind of procedure which is specified by virtue of the position of those affected regarding the construction of the final disposition, which thus takes place in an adversarial process, that is, with the guarantee of participation in symmetric parity being affected by the construction of the provision.

Thus, taking as the framework the deliberative concept of democratic rule of law, seen by the theory of Habermas²⁸ in view of the subject of law that arises as a subject and recipient of legal rules, it is possible to establish a criticism of the theory of process as a legal relationship, precisely because of the place of the judge as “super-party”, and also due to the instrumentalism, because of the solipsism of the judge and the metajudicial ends of court proceedings.

At the same time, one can claim upon the theory of the process as adversarial procedure, appropriate to the paradigm of democratic rule of law, mainly because of the understanding of the process beyond the jurisdiction, since the process in the procedural paradigm must be understood as constituting fundamental rights. Moreover, the notion of adversariness desired by that theory consolidates the proposed guarantee of influence and no surprise,²⁹ towards ensuring the construction of a participatory decision that will be included in the process both as authors and as recipients of the legal rule.

The process beyond the jurisdiction makes the notion of general theory of the procedure, supported by the institutes of the jurisdiction, action and process,

²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. cit.

²⁶ FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. cit.

²⁷ Heavily influenced by theories of public law and by managerialism. Also by proceduralists and Goldschmidt (1936).

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. cit.

²⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 168, fev./2009.

should prove inadequate especially if we take, as a base, the notion of the constitutive process as a guarantee of fundamental rights. So, to consolidate the notion of process as a safeguard, one makes use of the general theory of the procedure from the ownership and the impact of the constitutional democratic process.

The notion of process to guarantee has its basis in the Constitution, being co-dependent with fundamental rights. So, what sustains the notion of process as collateral are the constitutional principles of the process defined in the text of the constitution.

Since work published in 1956 in the Journal “Justicia”, regarding the famous essay by the “Revista de Derecho Procesal” of Uruguay (later republished by “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” in 1977), Fix-Zamudio³⁰, referring to the work of Couture, gives us news of the birth of a new discipline, the “derecho constitucional procesal” emerged as “³¹*resultado de la confluencia de otras dos ramas de la ciencia jurídica: el derecho constitucional y el derecho procesal*” The lawyer draws attention to the prior works, and the repercussions of that work, of Couture (especially his “Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil”) under the procedural shows the transcendence of the constitutional procedural institutes³².

The evidence is clear; “action, jurisdiction and procedure” must be rethought from a broader perspective: both procedural and constitutional.

En otras palabras, se está despertando la conciencia entre constitucionalistas y procesalistas, sobre la conveniencia de unir sus esfuerzos con el objeto de profundizar las instituciones procesales fundamentales, ya que no debe olvidarse, como ocurrió durante mucho tiempo, que poseen una implicación político-constitucional, y no de carácter exclusivamente técnico, y es en este sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido en que lo hiciera el inolvidable Calamandrei respecto de la acción³³.

³⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad Del México, a. X, v. 30, p. 315-348, 1977.

³¹ “A result of the confluence of two branches of jurisprudence: constitutional and procedural law”.

³² FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. *Cit.*, p. 317. To understand the importance of the thought of Couture in the development of the Science study procedural constitutional cf. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Hector Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956). MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldivar Lelo de (coord.). La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. México: Marcial Pons, 2008. t. I, p. 597 et seq. For a more accurate analysis of the theme in Brazil cf. (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, 2009. 223-249)

³³ “In other words, you are raising awareness among constitutionalists and proceduralists, on the advisability of uniting their efforts with a view to deepening fundamental legal institutions. and it should not be forgotten, as happened for a long time, that they have political and constitutional

In Brazil, the factor that shows the constitutionalization of the law, lies in the fact our Constitution of 1988, more than any previous constitution, apart from dealing with matters traditionally affected by a higher law – state organization, powers, form and system of government, in addition to an extensive and unmatched range of rights and guarantees – to bring its provisions to affect the Civil, Commercial, Tax, Criminal, Procedure (and other) laws.

So, whether you like working currently with the law in court, or simply want to study it, it is hardly possible to do it in Brazil without reference to the Federal Constitution of 1988³⁴.

This becomes even more complex in a Constitution with a long list of rights and fundamental guarantees³⁵. In fact, the Brazilian Constitution of 1988 enshrined many rights and procedural safeguards specifically, confirming the trend toward a constitutionalization process, giving this (whether civil, criminal, administrative procedures or even private) a new form, suitable for a new democratic rule of law (BARACHO, 1985, p. 60 and 2000, p. 13-14)³⁶. Just to name a few: undeniability of jurisdictional control (5, XXXV); natural judgement (5, XXXVII); principle of legality and precedence of criminal rule (5, XXXIX) due process (5, LIV); right to debate and full defense (5, LV); rational foundation for decisions and publicity (Article 93, IX); reasonable length of proceedings (5° LXXVIII) presumption of innocence (5, LVII), in addition to the guarantees of *habeas corpus* (5, LXVIII), writ of mandamus (5, LXIX), writ of injunction (5, LXXI), *habeas data* (5, LXXII) and Popular Action (5, LXXIII).

The constitutionalization of the system is a separate chapter within the presented trend. The process commences when the socialization procedure begins to

implications, which are not purely technical, and in this sense we can speak of the relativity of the concepts of legal processes in the sense that it did the unforgettable Calamandrei for action.”FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal*. cit. p. 318.

³⁴ Here we could not fail to make one point: the proceduralists should be open to the advances of the theory of law, the Constitution and the philosophy. This statement does not advocate a return to the conceptualist position from the beginning of procedural science, but to also see manifestations of “contempt” to the advances of constitutionalism, philosophy, sociology and even managerial sciences and to perceive the repetition of postures and lectures typical praxists (of times gone by) as if speaking of the process we reduced the talk of forms and formalities of a technical mechanism neutral, or worse, a mechanism open to the personal views of each applicator.

³⁵ As Alexy notes, referring specifically to the Brazilian Constitution of 1988: “The problems of fundamental legal interpretation appear everywhere, using this relatively detailed regulation, cushioned in a large part but not eliminated, in some cases arise again. Thus Article 5, IV, declaring the manifestation of thoughts as free. This means that all expressions of opinion are allowed, also those that violate the honor of others and with such racist?” (1999, p. 63).

³⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 60. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A Constitucionalização do Direito: a constitucionalização do direito processual. Processo civil e direito constitucional. Direito Processual Comunitário. Revista Logos Veritas*, Santarém, n. 4, 2000.p. 13-14.

be largely absorbed by the legislation (procedural codes and ordinances) and gains strength in the way of interpreting and applying the institutes of the process³⁷. From there the lovers of law began to look differently at the “process”, not as right “adjective”, but, resuming old theories about “metajudicial” scopes present in judicial actions³⁸. This concern has not gone unnoticed by those who drafted the constitution over the past century because, as we are already reminded³⁹, these “consagran expresamente los delineamientos de las instituciones procesales, ya que los constituyentes contemporáneos se han percatado de la necesidad de otorgar la debida importancia a la función jurisdiccional⁴⁰. Thus, the three basic institutions of the general theory of the process (action, jurisdiction and procedure) must also be studied by constitutionalists⁴¹.

This is a paradigm shift in the interpretation process. As defined by Andolina and Vignera⁴² “[l]e norme ed i principi costituzionali riguardanti l’esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all’interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscetibile di formare l’oggetto di una esposizione unitaria”⁴³.

In this way, one can make ready use of the concept of a constitutional process model, initially proposed by Italian authors such as, but here suitable for a process model in order to build another notion of the general theory of procedure, based precisely on the principles of the constitutional process.

³⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático*. cit. p. 88.

³⁸ The first references to political scopes, social and economic proceedings are in the works of Menger and Klein (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático*. cit., p. 79 et seq.) On the resumption of these ideas today see Dinamarco.

³⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. *Cit.*

⁴⁰ “Devoted explicitly outlines the legal procedures, since the contemporaries constituents have realized the need to give due importance to the judicial function”. Already Alcalá-Zamora y Castillo (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa* (contribución al estudio de los fines del proceso). México: UNAM, 2000, p. 103-104) showed the difficulty of trying to circumscribe the jurisdiction as belonging to procedural law or the Constitution. The author also pointed out that Couture, to treat the “foundations of procedural law” did not address the court, which has been criticized in the remedy. See also Fix-Zamudio (p. 317) and SANTOS (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994).

⁴¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. *Cit.* P. 318.

⁴² ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale Del processo civile italiano*. cit. p. 13.

⁴³ “[T] he rules and the constitutional principles concerning the exercise of the judicial function, when considered in their complexity, allow the interpreter to draw a general pattern of real process, liable to form the subject of a display unit”.

The concept of a constitutional model of process allows the removal of the dichotomy between procedural constitutional law and the constitutional law processes, as this model consists of basic principles, universally applicable to any case, since the whole process is constitutional, whether due to structure or its grounds because it is a constitutive guarantee of the fundamental rights of law abiding subjects⁴⁴.

When we resume the understanding of Andolina and Vignera, the model of constitutional process is “a general scheme for the process”⁴⁵ and has three important characteristics: the expansiveness, which guarantees that the suitability for the procedural rule to be expanded to micro-systems, provided you maintain compliance with the outline of the process; variability, as the possibility exists of a procedural rule to specialize and take a different shape according to specific characteristic of a particular micro-system, providing it is in accordance with the constitutional base, and, finally, perfectibility, the ability to refine the constitutional model and set up new institutes through the legislative process, but always in accordance with the outline⁴⁶.

Therefore, for a new historical moment of macro-structural civil and criminal procedural law reform in Brazil we cannot forget our new democratic constitutional order and respect the constitutional principles of the process. This concern is not merely the necessary adaptation of the new procedural rules proposed to the constitutional text, but it begins the observance of the due process of law, because in view of the magnitude of the reformist mission, it will affect all Brazilian citizens and those under Brazilian jurisdiction, looking at judicial proceedings to guarantee their fundamental rights. Therefore, a macro-reform proposal requires a procedural debate with the participation of civil society organized in broad terms, to gauge public opinion. This is because in a movement of procedural reform of this scale, law does not go through changes alone, also altering in certain cases, repeated and consecrated procedural practices.

Thus, an important warning is the one given by Cattoni de Oliveira, between the legislative and constitutional process of judicial control of constitutionality. Making use of the distinction proposed by Günther⁴⁷, the first is the discourse of

⁴⁴ BARROS, Flaviane. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.) *O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006.

⁴⁵ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale Del processo civile italiano. Cit. p. 9.

⁴⁶ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale Del processo civile italiano. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997. p. 90.

⁴⁷ GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: Application discourses in morality and law* New York: State University of New York, 1993.

justification and the second of application. Indeed, both dispense assurance of participation of affected groups, but such participation takes place in different ways. As the author asserts:

The legislative process is set at a level of discourse in which arguments of great generality and openness are welcomed and, indeed, serve as starting points for the construction of legal discourse, including judicial and administrative doctrines. Thus, the “participation in symmetric parity” of those possibly affected by legislative provision, the procedure that prepares it guaranteed by the constitutional principle of contradiction, is the possibility of participation in political discussion, procedurally mediated and not necessarily current and concrete⁴⁸.

As we observe the legislative process of comprehensive reform of procedural law we see profound differences in court proceedings. So to talk about them requires that we define as its premise the relationship between the Constitution and the Process in the Democratic Rule of Law. Therefore, while the reform is going through the process, it requires an understanding of the notion of process as a guarantee of fundamental rights, to propose the necessary amendments to the procedural law such that will have legal force to change the reality of civil and criminal procedures.

20

The first assumption is therefore the need to shape a proposal for a new code for the procedural and constitutional system that makes an adaptation of the concurrent pursuit of efficiency possible, both quantitatively and qualitatively – the direct targets of the reforms – with respect to legitimacy (by applying constitutional procedural principles from a dynamic perspective). There is no other way than from the constitution and through the constitutional principles of process. In this way, given the expansiveness character of the constitutional process model it allowed procedural rules to expand, provided they would maintain their consistency with the model of constitutional process.

It can be seen, therefore, that the proceduralists should be open to the advances of the theory of law, and the theory and philosophy of the Constitution.

This statement is by no means advocating a return to conceptualist posturing typical of early procedural science, nor the withdrawal from the search for an efficient qualitative approach to the procedural system.

However, when still witnessing demonstrations of “contempt” to the advances of constitutionalism, philosophy, sociology and even the managerial sciences by a great part of the scholars of procedural law, reducing them to theoretical

⁴⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade . *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 142.

concepts devoid of importance, one then realizes that they still insist on keeping their own analysis of the legal landscape prior to the constitutionalization of rights.

It is also observable the repetition of postures and lectures, typical of praxists (of times gone by) as if speaking of the process had been reduced to talking about ways and procedures of a neutral technical mechanism, or worse, of a mechanism open to the personal conceptions (voluntaristic) of each applicator.

In truth, we must, once and for all, understand the impact of dynamic conceptions of fundamental rights on procedural law, to enable the achievement of efficient results and accountability to citizens who call for reinvigorated access to justice by the design of a Democratic Constitutional State.

This approach departs from a sharp analysis of institutions and insists on a valuation analysis of the state and legal landscape in search of technical macro-structural solutions consistent with the advances in rights that have occurred since the second world war in European countries.

One cannot forget that the improvement of procedural techniques (with the legislative reforms) only make efficiency in the legal system possible if they are accompanied by a policy of public access to justice, widely debated, which brings up the question of procedural reforms, but also the process management and the infrastructure of the judiciary in a joint manner, that is, if it achieves a genuine reform of the system, behold the sheer legislative amendment will not have the power to get the improvement that it aims⁴⁹.

21

FOR AN ADEQUATE LEGISLATIVE PROCESS SUFFICIENT FOR THE PROCESS OF MACRO-STRUCTURAL PROCEDURAL REFORMS

To distinguish the macro-structural reforms or specific reforms from the analysis of the trajectory of the reformist movement of procedural law after World War II, in particular, comparative law is here taken as a theme, as proposed by Taruffo⁵⁰. Thus, we can highlight against the backdrop of the countries of Europe and Latin America that the reform movement reflects the political momentum of democratization and building of a new “cultural project”.

Hence, punctual reforms arise at first, to adapt the emerging points of greater divergence from procedural rules to the new constitutional order, filling the gaps of non-receipt of standards. As stressed by Andolina and Vignera in a post-constitutional (referring to the Italian Constitution of 1948) situation, the problem

⁴⁹ NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre. Por um novo paradigma processual. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, 26: 79-98, jan./jun. 2008.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law. Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

of the process is not understood from *essere* but the *suo dovere essere*. Rightly, this stressed the immediate need to fit the current procedural rules to the new constitutional normativity.

Already the reforms stem from a macro-structural analysis that is reflected to a greater extent when the cultural democratic project is already more consolidated, justifying the discussion of a new Code of Procedure. This understanding of the democratization process as a project that looks to the future and will always have a to-come, as Derrida suggests, is analyzed by Cattoni de Oliveira⁵¹ with regard to constitutionalism in Brazil, but may be appropriate for additional analysis of the issue.

The total reform of the Italian ‘*Codice Rocco*’ in 1930, and the founding of the fascist project can be taken as an example. Even with the new constitutional order represented in the Italian Constitution of 1948, only one *piccola riforma* {small reform} was accomplished, and the new Criminal Procedure Code only came into force in 1988.

In Portugal, it appears that the new democratic order inspired by the Carnation Revolution and the end of the Salazar regime, to promulgate the 1976 Constitution of a rather Socialist character. This matrix is the basis for formulating legislative decree-law authorizing the formulation of a new code of procedure appropriate to the new cultural project, which occurred in 1887, by decree law 78/87, to replace the markedly fascist Portuguese Code of Criminal Procedure, 1929, as highlighted in⁵².

In Latin America, an important movement of jurists were asked to propose a model of the Code of Criminal Procedure for Latin America, accounting for the proposed replacement of the procedural rules proposed by authoritarian democratization of procedural law with the recognition of rights and constitutional guarantees excluded during periods of military dictatorships that ravaged the region⁵³.

Thus, from the rereading of reform movements by comparative law, it appears that the current Brazilian scenario can represent a time of increasing legal awareness in the process of democratization in Brazil, thus justifying the discussion of macro-structural reform. A macro-structural reform shifts the center of discussion before breaking up the laws of procedure for an interpretation according to the constitu-

⁵¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Democracia sem espera e processo de constitucionalização – Uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira” in *Constituição e Processo*. Coord. Marcelo Cattoni e Felipe Machado. Belo Horizonte: 2009, p. 365- 399.

⁵² BRANDÃO, Nuno. *Processo penal do Brasil e de Portugal. Estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira*. Org. L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho. Coimbra: Almedina, 2009.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Sistema penales y derechos humanos em America latina (informe final)-documento final del programa de investigación desarrollado por el instituto interamericano de derechos humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

tion, which is then consulted to produce a new text based on its procedural normativity and returned to the project implementation of a democratic legal order.

Certainly, the macro-structural reforms require more than the performance of the various phases of the Brazilian legislative process, beginning with the bill, analysis by the Commission of Constitution and Justice, a vote in both houses of Congress and presidential approval. The extent of generality and openness of procedural codes become necessary to aggregate the acts and stages of the legislative procedure and other constitutionally defined phases that allowed the greater legitimacy of the reforms, they will be recognized because of citizen participation, civil society organizations and of “law enforcement officers.” But it is a contribution that requires appropriate methodological and technical preparation to ensure that procedural law is seen to adhere to personal understandings on procedural law. Wrapped by the concern to ensure a legitimate and democratic legislative process, there is the intention to establish stages to the macro-reforms process.

The first is the previous *diagnosis*, in other words, the need to define the problems and differences in the implementation of procedural institutes. From then on, we must conduct a preliminary survey to gather information about the functioning of the process elements and what jeopardises them in order to ensure the maintenance of procedural techniques that work well, and suggest new ones – including through analysis of comparative law – allowing better practice and institutions into the system⁵⁴.

A search of this magnitude should include various sectors of society in all regions of our country in the face of the plurality and nuances innate to the diversity of Brazil.

The aforementioned research would even need to capture the profile of the professional. If specialized in particular branch(es) of law, procedural reform could count on the delineation of numerous procedures, each devoted to one type of demand (differentiated guardianships – *tutela giurisdizionale differenziata*)⁵⁵. If

⁵⁴ See as an example of this procedure the report of the English civil procedural reform of 1998 (WOOLF, 1996).

⁵⁵ As explained in the as yet unpublished text of his own: “The issue of differentiated guardianship or the jurisdictional differentiated guardianship became an object of discussion of procedural science from the work of Proto Pisani published in 1973, starting from the obvious assumption of the need for diversity of procedural techniques for the various hypotheses of substantive law to be applied and analyzing the issue can only be properly placed under discussion from that historic moment in the face of the viability of thinking a break with the neutral model and single ordinary processes of full cognition, presumably predisposed to allow the prosecution of any case. The models were designed with different procedures intended to ensure the most suitable forms of protection for various categories of legal situations deserving of judicial protection. With this expression Proto Pisani established two contracts for the procedural issue. In these terms, judicial review could mean the different predisposition of various procedures of cognition (full and exauriente or not), some of which are modeled on individual categories of situations substantial

generalised, with the technical capability (in theory) to work in any area of legal science, such as it happens in Brazil, the reform should be more moderate in the construction of procedures, so as not to generate practical embarrassment to the “ordinary” professional, restrained to know several deadlines and countless procedural variations, which will necessarily increase the complexity of the system, against the wishes of access to jurisdiction. As warned Alfredo Buzaid, using the studies of Alcalá-Zamora y Castillo in the explanatory memorandum of the CPC in 1973, there is a need to balance innovation and conservation, that is, one cannot innovate enough to preclude the adaptation of professionals and also cannot keep all the previous structure.

The second phase is to *define the parameters of reform and the establishment of a commission of jurists*. From the diagnostic report it is necessary to trace the reform directives defining the main principles and concepts of reform, i.e. from the problems identified in the diagnostic report, there should be outlined parameters to guide the reform.

Fixing the “overriding objectives” (to use the words of Woolf in the English Reform 1998 – *Overriding Objective*) even allows the operator to understand the reasoning of the reformists.

In any reform undertaken from a democratic perspective, the assumption of a dynamic application of fundamental rights is the imperative procedure in preventing the overestimation of one of these principles (e.g. speed).

Another concern is to establish a committee of jurists who work with the technical details rather than isolated personal suggestions (e.g. their individual problems in the legal profession or the judiciary), because the creation of a new code is the duty of citizenship, not defense of theoretical and subjective conceptions.

After establishing the Commission of Jurists it would be necessary to have reasonable time to discuss and present the text of the bill to fulfil the need for democratic discussion of the draft. In this sense, organizing public hearings and meetings with specialists would ensure, during development of the bill and *especially after its completion*, the participation of citizen representatives, civil society organizations, representatives of professional associations, research institutes and graduate programs. This constitutes the third stage.

We should not forget that even in the military period, our current CPC of 1973 was subject to a major discussion led by Alfredo Buzaid in 1965 in the city of Campos do Jordao, prior to enactment, where hundreds of items were presented for

controversy, or, from another perspective, the term could refer to typical forms of anticipatory guardianship (interim, anticipatory, special etc.). “(NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. In: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutelas diferenciadas*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.)

discussion and taken into consideration, before the Draft being sent to the National Congress. In these terms, it is unthinkable that in a democratic period a preliminary CPC or CPP is sent to Parliament before the completion of this step.

Thus, with the preliminary bill discussed and the relevant suggestions adopted and criticism taken on board, the basic text would then be ready to be submitted to the *legislative process*, which would pass through the stages of analyzing the constitutional adequacy, presentation of substitutes and amendments, approval of the text in both House of Congress to presidential approval, promulgation, and a period of *vacatio legis*. The legislative process itself is thus the fourth stage.

The fifth phase is the *period of vacatio legis* in preparing for the entry into force of the reform. It requires significant commitment of “jurists”: magistrates, members of the public prosecution, lawyers, clerks etc. Thus, in a reasonable period of *vacatio legis* (minimum of one year), all “operators” should undergo refresher courses so that they undertake a redefinition of culture, thinking and practice for the benefit of society as a whole⁵⁶.

Both the participation in the discussion stage of the project as preparation for entry into force of the reform period *vacatio legis* are important stages for the macro-structural procedural reforms to be effective, for requiring a change in the mindset of law enforcement officers. Otherwise our future and dreamed new Criminal Procedure Code and Code of Civil Procedure will be doomed to perpetuate the current reality of our processes. This qualification has been made by Coutinho⁵⁷, analyzing the partial reform of the CPP, 2008.

This step is essential, considering the large number of procedural techniques which have existed for decades but have never been implemented consistently. This is the case of orality, planned since the 1940s, but until now unable to replace the practice of writing.

It is necessary, during this period of *vacatio legis*, to implement a public policy of democratization of procedure, which requires real reform of the judiciary relating to its routines, among other interventions, because mere legislative reform does not have the power to obtain useful results.

Finally, at this stage it is necessary to prepare a proper study on a case of intertemporal law, as the ongoing processes need to adapt to the new procedural world in which they find themselves. Therefore, it is important to establish a com-

⁵⁶ In that sense we are reminded of Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 66) that, in “Germany, there is no innovation without legislation, and that judges undergo training courses in order to implement the new law.”

⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. cit.

mission to define the basis of procedural adaptation of intertemporal law, aiming to safeguard the foundations of the constitutional model of the process. Thus, one should take into account while establishing the points of change in procedure to the new order and respect for constitutional principles and the specific analysis of the microsystem, either individual civil law, consumerist law, incidents of collectivization or criminal proceedings⁵⁸.

In addition to the steps explained here in a simplified manner, it will be necessary to appoint another committee to monitor the institutional reform, namely to verify the practical impact of changes and, in the medium term, to propose adjustments in the face of evidence to suggest unconstitutionality not yet encountered, and any lack of functionality of the new system.

The comparison of the results of Brazilian macro-structural process reform with others that have succeeded in comparative law (like the English Civil Procedure 1998) shows that the reforms will be difficult to achieve if a *reform monitoring project* is not established and adequate adjustment is not made to divergent points of law, which will be the last point. Other countries have created true reform monitoring bodies, such as the Portuguese⁵⁹ and British⁶⁰.

AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN MOVEMENT OF PROCEDURAL REFORMS: CRITICAL STUDIES IN DRAFT BRAZILIAN CPP AND CPC

26

The movement of the overall reforms began with the establishment of the Commission of Jurists to submit the new draft of the Code of Criminal Procedure. This essay has established, in the previous section, the proposal of the establishment phase of macro-structural procedural reforms, aiming to ensure due process.

The first point of analysis is the definition of a previous study of diagnosis of the specific problems of the criminal procedure law. This step was not satisfied by the Brazilian legislative process. Despite the daily and consistent criticism of the researchers in criminal procedural law, especially after the Constitution of 1988, which would mainly criticize the inquisitorial content of the CPP and were presented with the attempt of constitutional rules of criminal procedure, those were done without prior study. Principally, a survey of the number of criminal cases in Brazil, which crimes were committed and procedures for the collection of more frequent and reliable data on the number of arrests and executed criminal procedures, among others. Additionally, no qualitative analysis was performed on

⁵⁸ BARROS, Flaviane. *(Re)forma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. BARROS, Flaviane. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas a partir da Constituição. *Constituição e Processo*. Del Rey: 2008.

⁵⁹ Permanent Observatory of Portuguese Justice: <http://opj.ces.uc.pt/>

⁶⁰ Department for Constitutional Affairs: www.dca.gov.uk

partial reforms prior to 2008, mainly from the leading point, referring to the simplification of procedure, grand jury proceedings and adoption of institutes such as the accusatory *cross examination* matrix of art. 212 of the CPP.

In this way, no matter how experience would be the Commission of Jurists appointed by the Senate as of lawyers with significant legal history, assembled without prior preparation, with such a narrow working time, it was possible only to establish the main problems of the criminal justice process, requiring that proposals would either be established from personal experience of lawyers or jurists or from the intuitive perception (empirical) that recent reform's partial changes followed a path that was right or wrong.

Without the experience of a previous diagnostic process, reform guidelines were not established, neither previously defined before the appointment of the Commission of Jurists. The latter rather set directive axis to the reform, which by reading the preamble of the draft CPP can be identified as the appropriateness of criminal proceedings for constitutional principles, especially the accusatory principle adopted by the Constitution. Moreover, the preamble intended to express a draft with a guarantistic character, which does not prevent the implementation of a rapid process:

Note, further, that the prospect guarantee in criminal proceedings, despite the possible strategies in his speech application does not lend itself to cripple the speed of the procedures and not the expected effectiveness of the Criminal Law. Quite the contrary: respect for individual guarantees demonstrates awareness of the inherent limitations of human knowledge and social maturity in the arduous task of exercising power⁶¹.

27

The proposal should better reflect mainly the guaranteeistic perspective identified by the theory of social guaranteeism, initially formulated by Ferrajoli, which was adopted in Brazil by the movement of criminal guaranteeism. Indeed, the guaranteeistic theoretical proposal⁶² is incompatible with the desired bias for speed, especially by the proposal of summary procedure.

It appears that the Commission of Jurists has established this as the matrix of the reform, in particular, the proposed adoption of the adversarial system. As stressed by Coutinho (2009)⁶³, an inquisitorial system that adds nuance to an accusatory system, but with inquisitorial elements. In particular, because the draft

⁶¹ BRASIL, *Anteprojeto de Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009, http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645, acesso em 31 de março de 2010.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁶³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. cit.

bill has remained the same as the text of Art. 385 of the current CPP, art. 409 of the draft, which continues to allow the judge to convict the accused having the prosecution pled the court for his acquittal, provided the limits of imputation were observed. In order to maintain the inquisitorial traces in the text of the draft, it is emphasized that one cannot ignore the continuation of the investigation, even if eventually emptied, what demonstrates the difficulty in adopting the constitutionally guaranteed accusatory principle. Once the investigation continues, the interrogation of the defendant is expected to be carried out by the police officer, turning away from the notion of interrogation as a means of self-defense⁶⁴.

On the other hand, we cannot fail to highlight the advances made in the adversarial system. In particular, the design of the new code already in article 4 states the impossibility of the judge to be the manager of proof, an important characteristic of inquiry established by Cordero⁶⁵ from the notion of a “paranoid mindset.” This is because by the management of evidence the judge mentally anticipates his interpretation of the facts, addressing his questions, for example, to witnesses in such a way as to obtain results according to the mental picture previously imagined. In other words, the judge may decide to look for evidence before and after, perhaps obsessively, to justify the decision previously taken.

In this sense, the new CPP project is on right tracks insofar as prevents the management of evidence to compromising the impartiality of the judge. In the words of the draft of the committee of jurists: “Art 4. The criminal prosecution will have an accusatory structure within the limits defined in this Code, forbidden the initiative of the judge in the investigation phase and the replacement of prosecution member in the formation of evidence.”

The draft not only prevents the judge’s evidentiary initiative, but also excludes the judicial review for the closing of the investigation by the DA (District Attorney or Prosecution). Thus, we seek the definition of the place constitutionally demarcated by the parties, as stressed by Coutinho. As the accusatory body, the prosecution has the burden of proof to provide evidence for the accusation. However, it has lost the opportunity of recognizing the constitutional place of victims in criminal proceedings. The draft bill advances in human rights terms and in an attempt not to over-victimize, or even the possibility of an overlapping claim for compensation for damages, but limits its role as an assistant, in particular their right to appeal the decision⁶⁶.

⁶⁴ BORGES, Clara Maria Roman. Permeabilidade inquisitorial de um Projeto de Código Processo Penal Acusatório. In: *O novo processo penal à luz da Constituição*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁶⁵ CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.

⁶⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. Direito das vítimas e sua participação no processo penal: a análise do PLS 156/2009 a partir de uma interpretação constitucional In: *O novo processo penal à luz da Constituição*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Certainly, the absence of initial guidelines for macro-structural reform of criminal proceedings prevented the Commission that had developed concerns from reducing the influence of the struggle of liberal parties and the judicial activism, typical of the socialization process itself. A proposal reform, adequate to the proper democratic rule of law would prevent the situation arising that with the adoption of the adversarial system we are returned to the procedural liberalism in which the judge plays an inactive role in watching the arguments between the parties. Or, conversely, to keep the system of judicial involvement, where the judge plays the role of guarantor of social defense. Again, these may not be suitable prospects for the democratic rule of law, in which the court plays an important role of guarantor of the participatory construction of the decision, allowing influence and ensuring no surprise as the basis of a contradictory view. By following this approach, the best way to reform macro-structural aspects of civil procedure providing for even the contradictory decisions of the previous letter from the judge, as will be seen below.

The presentation of the draft by the Commission of Jurists has not gone through a phase of debate and was immediately transformed into the Senate Bill 156/2009. Thus, the important phase of public debate on the draft bill of macro-structural reform of criminal procedure was precluded. After the proposition of the bill to Congress, the Temporary Committee for the Study of Reform of the Criminal Procedure Code was established which held 17 meetings in 2009, 12 of them public. At the beginning of the legislative process trade associations, public and private entities were invited to participate, according to the report of Senator Renato Casagrande. Thus, at an appropriate time, considering that the Commission of Jurists has greater ability to maintain the cohesion of the proposed text, they *could have heeded the suggestions and criticisms before sending the final draft to Congress*, and could have opened the legislative process to citizen participation.

It is at this stage still not possible to look at the other phases of the legislative process as the approval of both houses of Congress and presidential approval has not yet occurred. It also serves as warning to ensure compliance with the last two steps for preparing for the entry into force of the new text, and the monitoring phase of the reform. Certainly, they are the two most important steps to prevent any major effort made toward changing the Criminal Procedure Code appropriate to the Constitution being lost because of the difficulty in implementing changes.

Finally, we must take advantage of studies of comparative law to verify the effort of re-democratization of procedure. It appears that one of the primary discussions was the inclusion of fundamental rights and guarantees of the accused, as well as the adoption of criminal procedural legislation of accusatory nature. But after the structural reform aspects of the Italian and Portuguese CPP's, for example, such laws of criminal procedure underwent partial reforms to suit the needs of time, especially those related to macro-criminality and the duration of the

process, that intended to promote speed and simplification, as well as restrictive measures and the reduction of constitutional guarantees of defendants in serious crimes related to macro-criminality.

It is therefore important that the legislative process does not allow criminal policies inspired by the emergency criminal code to remove the fundamental rights of the accused.

In the field of civil procedure, aside from the failure of the steps prior to the preparation of the draft, in particular the absence of a diagnostic step, the concerning factor is the requirement by the Senate (in order to make best use of the legislative period) of delivery of the text in 180 days.

However, after some delay to the Commission on June 8, 2010 Congress was presented with the Draft, before any public discussion of its contents (planned legal devices), which has become the Bill of the Senate (PLS) 166 2010.

In preparing the draft bill, the Commission has not indicated the structural goals of the proposal, despite the recurrent declaration of the need for speed touted in numerous Public Hearings (Belo Horizonte, Fortaleza, Rio de Janeiro, Brasilia and Sao Paulo) are taking place even today to discuss the proposals released in December 2009 (not the text of the planned law).

However, one of the proposals to be welcomed by the Commission is the reinforcement of the importance of the dynamics of the adversarial principle.

30

In pursuit of increased efficiency of the procedural system, the commission realized, in part, the need to strengthen the cognition of the first degree, in order to broaden the debate between procedural subjects (“Comparticipation”)⁶⁷ and, to this extent, improve the quality of judgments. Such an enhancement would involve the loss of resources and/or reducing the rates judicial sentences reviews before the courts.

This proposition is more in line with the objectives of access to justice and speed than the frantic search for the extinction of resources, since every time the legislature stops a legal means of challenging the decision (appeal), it gives rise to a substitute appellate⁶⁸, in other words, it slotters one appeal and another technique is created (more complex and controversial) for the public, professionals and courts.

Realizing this situation the Commission has proposed a project to redefine the limits of the adversarial principle (Articles 10, 107, V 151, § 1º, 401 and others) that prevents the judge from surprising the parties with decision making arguments not subject to procedural debate.

⁶⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. cit.

⁶⁸ NUNES, CAMARA, SOARES, 2010, p. 215.

As we have argued on other occasions⁶⁹, the adversarial principle has long ceased to be considered by foreign jurisprudence and doctrine as mere formal assurance of a bilateral hearing, but, admittedly, as a possible influence (*Einwirkungsmöglichkeit*) on the development of the process and the formation of rational decisions, with nonexistent or reduced opportunities for surprise.

This renewed conception means that, today, we can no longer believe that the adversarial system is confined to the formal argue and counter-argue between the parties, without which this creates an effective resonance (contribution) to the reasoning of the order, in other words, away from the idea that the participation of the parties can be merely notional and even unnecessary in substantive terms.

By following this trend PLS 166/2010 proposes that all matters, including unofficial matters, are subject to the adversarial scheme between the parties, supporting the idea that the adversarial system is a dynamic guarantee of influence and no surprise⁷⁰.

However, the Commission has so far not displayed any tendency to adopt a methodical preparatory stage in the process of cognition.

For that, in comparative law, for technical articulation of a suitable cognition there is a universal tendency for strengthening its first phase⁷¹ (introductory or preparatory phase of the cognitive procedure) as demonstrated by reports of the Congress of the Association of the Intent of Procedural Law, 2008⁷² in order to achieve a true preparation phase of discussions (hearing and trial) and which could generate a final abbreviated process by completion of a structured agreement (conciliation) where the interest of the parties, or if not possible an adequate preparation and education, which will promote discussions to improve the quality of decisions of first instance, with reduced rates of provisions reform of these courts.

It is well known that all modern procedural systems are *common law* or *civil law*, delineated stages in cognitive structures or procedures that are biphasic,

⁶⁹ NUNES, Dierle. *O Recurso como Possibilidade Jurídico-Discursiva do Contraditório e da Ampla Defesa*. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2003 (Dissertação de Mestrado). NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. cit. THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. cit.

⁷⁰ “C) The material officially knowable by the judge, is always subjected to the test of adversarial proceedings.” Similar to many other countries: Germany, Portugal, France, Italy, Austria, among others.

⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. cit. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2009, v. 169. p. 127.

⁷² CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

initially the technique is the preparation of the debate (eg preliminary hearing, with the definition of issues, writing and preparation of the theme of evidence) and, secondly, the intra-procedural discussion of all relevant arguments (e.g. hearing and trial).

The most recent procedural reforms (such as the English, French, German and Norwegian)⁷³ have been well performed.

The novelty is that the most important and recurring concern in the past was around the phase of production of evidence (procedurally the second phase), to ensure the constitutional right to evidence, which has been gradually shifted to the first phase, in which the *preparation* of the discussion and production of evidence occurs, once it was realized that the almost complete clearance of the objectives of the process allows for a fruitful dialogue, whether in written procedures or oral procedures, and impede the decision is the result of a solely thinking judge⁷⁴.

However, causing concern to any researcher of the efficiency of reforms in comparative law, it is perceived that the project 166/2010 does not take the preparation phase seriously.

When analyzing its articles 333 and 354, there is evidence of great innovation, but in fact it is a step backward from article 331 of the current CPC.

32

This preparatory phase should be (clearly) the time for the articulation of the *case management* powers of the judge, conforming with the arts. 107, and 151 V, §1º, of the PLS166, with adaptability and flexibility of procedure, in adversarial manner, according to the specifics of the case.

However, in the abovementioned articles that “treat” the preparation of the case (articles 333 and 354), the legislature makes no mention of procedural adaptability, creating a paradox: at what time may the judge adjust the procedure without breaking the predictability that the process should make?

Valguarnera comments, “the reforms of recent years tend to ensure a more efficient procedure with lower costs and times, based on two main elements: 1) the elasticity of the rite, which must adapt to the complexity the case, and 2) the power of the judge to manage the process, applying procedural resources according to need” (2008, p. 892). The author further informs that management happens in a “joint shared” (“comparticipation”) (as provided in §11-6 of the New Norwegian Code)⁷⁵.

⁷³ VALGUARNERA, Filippo. Le riforme del processo civile in Norvegia: qualche riflessione comparativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, Set. 2008. p. 892.

⁷⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático*. cit.

⁷⁵ VALGUARNERA, Filippo. Le riforme del processo civile in Norvegia: qualche riflessione comparativa. *Cit.* p. 894.

In spite of the possibility of the sparse adaptation of the procedure (Art. 107, and 151 V, § 1, of the PLS166) and filtration of the discussion procedure (with the establishment of points of issue) the PLS166 does not articulate a methodical preparation phase.

And since the undeniable success of German reform of 1976, from the model of Stuttgart (*Das Stuttgarter model*) and of the reform simplification (*die Vereinfachungsnovelle*)⁷⁶, all bets on cognition alluded to the detailed structure of this preliminary stage.

Moreover, in order to adopt the alluded concept of dynamic adversarial as a form of influence and not surprer it becomes imperative to adopt an effective preliminary stage because otherwise, if the judge does not put on the table in the process all possible decision-making fundamentals (in setting the legal points at issue), he only realizes at the time of delivery of the sentence, creating the need for opening the adversarial, extending the time of procedure.

In summary it is noticed that the PLS166 does not stand for this universal movement for reform of cognition and structured a biphasic model of cognition, in which the first phase would be a conciliatory hearing (not preparatory) that could generate meagre results when compared with the effective preparatory phases used in comparative law.

Accordingly, the concomitant adoption of an adversarial dynamic and effective primary stage could promote a qualitative improvement and greater efficiency in our court system.

33

Meanwhile, it appears that the Commission will not stand for this universal movement for reform of cognition and so far intends to scale a biphasic model of cognition, in the first phase of which there will be a conciliatory hearing (not preparatory) that may generate meagre results compared with the effective preparatory stages used in comparative law.

One cannot forget the other proposals with equally dangerous themes, such as the reduction of some resources, or the withdrawal of incidents and actions of third parties (among other proposals) that could create numerous problems of efficiency and speed, along with the suppression of other fundamental rights.

We welcome the concern with repetitive (serial) litigation by using an incident of collectivization modelled on the German *Musterverfahren*⁷⁷.

However, this other element of PLS166/2010, celebrated by all, outlined with the intention of dealing with serial or repetitive litigation deserves attention: the so-called repetitive demands resolution incident of arts. 895 to 906.

⁷⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, cit.

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 177. nov. 2009.

This institute is admittedly inspired on the German system⁷⁸, but it doesn't conform to its main characteristics.

This mechanism of incidental collectivization (*Musterverfahren*) is used in ordinary common procedures involving isomorphic claims.

This incident, to be tried by the court of second degree, suspends the processing of repetitive actions, and promotes the examination of elements common to repetitive causes with the referral, after this analysis, to the first degree for the specific trial.

In Germany this technique of collectivization comes under the act on the process model in the controversies of the German capital market – *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*. The purpose of the law is to settle in an identical and binding manner, controversial issues in parallel causes, by tempate decisions granted from the commonalities Regional Court (Oberlandesgericht), with ample opportunity for stakeholder participation. From that decision they judge the specifics of each case (CAPONI, 2007).

In the pilot issue (*Musterprozessführung*) “the various demands are proposed by a party with a purpose, not only to decide the specific case, but with scope for secondary use of the solution thus obtained in court as a reference to consensual solution of a number of unknown controversies that would lead a larger group of individuals possessing the same interest”⁷⁹.

However, in the case of the German model, as explained accurately by Cabral:

The purpose of the procedure is to secure placement on alleged factual or repetitive legal claims. The law is clear in pointing out these scopes (*Feststellungsziele*) explicitly, noting that it should also be indicated in the initial application (§ 1 (2)). So it is not difficult to identify the object of collective incident: in *Musterverfahren* it decides on only a few contentious points (*Streitpunkte*) expressly designated by the applicant (particularly pointed) and set by the court, making the decision on these issues to achieve several individual disputes. One can therefore say that the merits of cognition in the incident includes factual elements or previous questions (Vorfragen) of a legal relationship or reasons for the claim individually⁸⁰.

The procedure (incident collectivization) is divided into three phases:

⁷⁸ With the same goals, it was created, inspired by German law, the aforementioned incident resolution Repetitive demands, namely the identification of processes that contain the same question of law which estejamainda the first level of jurisdiction for joint decision . Excerpt from the explanatory memorandum to the Draft.

⁷⁹ WITTMAN, 2008, p. 454.

⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo. Il nuovo Procedimento-Modello (Musterverfahren) tedesco: un'alternativa alle azioni collettive”. Disponível em: <http://www.judicium.it/news_file/news_glo.html>.

a) Admissibility, bringing an incident with a standard (*Musterfeststellungsantrag*) by one party and the finding of several procedures dealing with questions of law or prejudicial points that should be settle under a model decision or verify the need, the first trial in which is raised the incident trial model, through the publication of the existence of action in an electronic record (www.ebundesanzeiger.de / [ebanzwww / wexsservlet](http://ebanzwww.wexsservlet)) refers to the discussion of the Regional Court;

b) The second stage develops in the Regional Court, upon the suspension of all proceedings in the judgments of origin either party is allowed to expresses its defenses (such a possibility constitutes the basis of the binding effect of the decision model) . But to avoid the turmoil the court shall automatically appoint model litigants representing the authors and defendants (and *Musterkläger* *Musterbeklagte*): as Cabral asserts,

[...] will direct interlocutors with the court (...) as we are against procedure before collectivization of issues common to several individual cases, it is necessary to communicate through the intermediary of a “spokesman”. These are a sort of “principal body”: they, along with their attorneys, will shape the procedural strategy of the group. The others, if they can not contradict or counter their arguments, can integrate them by adding elements to the formation of a judicial conviction⁸¹.

The decision binds all processes.

c) With the filing of the decision passed judged by the work of each party in each individual process, the third stage begins in which they define the individual claims of each issue (their specificities). The division of cognition, which enables the incident, mitigates the problems of analyzing the characteristics of each demand and enables a better trial of the “identical” issues of serial actions.

This example should clearly not be conveyed to Brazilian law without further reflection, but represents an example of searching for the magnitude of the problem of repetitive actions without losing sight of the procedural safeguards of the constitutional model of the process, as in the technique of test-process, and generally, may conduct⁸².

It so happens that the way illustrated by arts. 895-906 of the bill, the incident will demand a *standardized decision* in all its aspects, something that could create numerous problems.

In addition, several options of the legislature should be criticized, as we do in our own text.

⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. Il nuovo Procedimento-Modello (Musterverfahren) tedesco: un’alternativa alle azioni collettive”. cit.

⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. cit.

CONCLUSION

This essay sought to establish, from a proper understanding of the process for democratic rule of law and a critical reflection of conceptualism turned to procedural liberalism and socialism, a proposal of due process of law concerning macro-structural procedural reforms that has been implemented in Brazil in both the civil procedure and the prosecution.

This time, the study established phases for a due legislative process of procedural reform, defining three preparatory phases: the first of diagnosing the problems and crises of the legislation to be reformed, the second stage of legislative definition of reform directives and appointment of a commission of jurists and the third focussing on the public debate of the proposed draft code. Only after this preparatory phase would we create the legislative process itself to propose a bill for presidential approval. As in the final stages of due process of law, it is anticipated that there is a need for a period of *vacatio legis* adequate for the preparation of “jurists” for implementation of the new procedural system and a final phase which begins with the entry into force of the new code, called the monitoring phase of the reform.

From the definition of a due process of law for macro-structural procedural reforms, this study analyzed the current phase of reforms in the Brazilian Criminal Procedure Code and Code of Civil Procedure, analyzing approaches and perspectives that the proposals presented.

One should avoid conception and treatment of the process as bad, as this perspective has supported proposals and reforms in order to shorten it as much as possible. Brevity is also justified (and here perhaps with greater intensity) of the institutional point of view, that is to say that the process consumes resources (always insufficient to account for all claims), so the faster it proceeds to a solution, the lower the cost.

We cannot forget that the process is a security that cannot be conceived of as an obstacle with formalities devoid of constitutional reasoning (constitutionalized formalism), but may not have cleaned out its role in promoting the participation of interested parties in obtaining rights, for reasons of quantitative performance and the pressures of major economic or political power groups.

Thus, it is noticed that Brazilian society is faced with an unprecedented opportunity to devise procedural laws marked by democratization and constitutionalization of the law.

We hope that political, economic or social factors will keep both the Committee of Jurists and the National Congress from rush passing laws which are not in agreement with the democratic constitutional paradigm that has been ruling since 1988.

REFERENCES

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso). México: UNAM, 2000.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale Del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A constitucionalização do direito: a constitucionalização do direito processual. Processo civil e direito constitucional. Direito processual comunitário. *Revista Logos Veritas*, Santarém, n. 4, p. 9-14, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A teoria da igual proteção (*equal protection*). *Revista Logos Veritas*, Santarém, n. 3, p. 9-13, 1999b.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, n. 3 e 4, v. 2, p. 89-154, 1º/2º sem. 1999.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. Direito das vítimas e sua participação no processo penal: a análise do PLS 156/2009 a partir de uma interpretação constitucional In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho (Org.). O novo processo penal à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.) *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas a partir da Constituição. In: *Constituição e processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BORGES, Clara Maria Roman. Permeabilidade inquisitorial de um projeto de Código Processo Penal acusatório. In: *O novo processo penal à luz da Constituição*.
- BRANDÃO, Nuno. *Processo penal do Brasil e de Portugal. Estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira*. L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho (Org.). Coimbra: Almedina, 2009.
- BRASIL, *Projeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 11 ago. 2010.
- BRASIL. *Anteprojeto de Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 31 mar. 2010.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. STF, 2ª T, RE 201.819-8, Rel. Gilmar Mendes, 2006.

BÜLOW, Oskar. Gesetz und Richteramt. *Juristische Zeitgeschichte*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v.10.

CABRAL, Antonio do Passo. Il nuovo procedimento-modello (Musterverfahren) tedesco: un'alternativa alle azioni collettive?. Disponível em: <http://www.judicium.it/news_file/news_glo.html>.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, p. 30-35, set./out. 1999.

CAPONI, Remo. *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile*: esperienze tedesca e italiana a confronto. In: Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovani Fabbrini, junto da Università di Pisa, 4 e 5 de maio 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad de Valencia, 2008. v. I e II.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização – Uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e processo*. Belo Horizonte: 2009. p. 365- 399.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la comisión de posguerra. In: CHIOVENDA, Giuseppe (Coord.). *Ensayos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ejea, 1949. v. II.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 103-115, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, n. 3, p. 861-862, 1958.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional Procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad Del México, ano X, v. 30, p. 315-348, 1977.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional – 1940-1965*. México: UNAM, 1968.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor; CARMONA, Valencia. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. México: Porrúa-UNAM, 2007.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Labor, 1936.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourses in morality and law*. New York: State University of New York, 1993.
- GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de La argumentación jurídica. Tradução de Juan Carlos Velosco Arroyo. *DOXA*, V17 -18, PP 271-302, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Hector Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldivar Lelo de (Coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Marcial Pons, 2008. t. I.
- MONTERO AROCA, Juan. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli: Edizioni Scenifiche italiane. 2002.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. In: THEODORO JUNIOR, Humberto (Coord.). *Tutelas diferenciadas*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010 (no prelo).
- NUNES, Dierle. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva do contraditório e da ampla defesa*. Dissertação (Mestrado) – Belo Horizonte: PUC-Minas, 2003.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2009, v. 169.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, 2009. p. 223-249.
- NUNES, Dierle; CAMARA, Bernardo; SOARES, Carlos. *Processo civil para OAB*. Salvador: Podivm, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa . *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.

TARUFFO, Michele. *Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law*. Sui confini: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel (Org.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 168, fev./2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 177, nov./2009.

VALGUARNERA, Filippo. Le riforme del processo civile in Norvegia: qualche riflessione comparativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, Set. 2008.

WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978.

WITTMAN, Ralf-Thomas. Il contencioso di massa in Germania. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio (Org.). *Il contencioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*. Milano: Giuffrè, 2008.

WOOLF, Harry. *Final report to the Lord chancellor on the civil justice system in England and Wales – July 1996*. *Access to justice*. London. 1996. Section I.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Sistema penales y derechos humanos em America latina (informe final) – documento final del programa de investigación desarrollado por el instituto interamericano de derechos humanos*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

Data de recebimento: 13/08/2010

Data de aprovação: 14/09/2010

FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS NO BRASIL: CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

GRATUITOUS MEDICINE'S CATERING AT BRASIL: CONSTITUCIONAL AND DEMOCRACY

*Giseli Valezi Raymundo**

RESUMO

O número de demandas judiciais por meio das quais se requer o fornecimento gratuito de medicamentos cresce cada vez mais, e o Poder Judiciário reiteradamente tem proferido decisões sobre o tema. A relevância e a pertinência da questão tomaram proporções significativas, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal designou a realização de audiência pública para debater a assistência à saúde no Brasil, dentro do que se inclui a assistência farmacêutica. O presente trabalho, à luz das teorias que tratam do constitucionalismo e da democracia, agregando a elas o estudo sobre o diagnóstico do problema, da natureza jurídica do acesso a medicamentos, tem como objetivo apresentar reflexões que possam contribuir com o debate.

Palavras-chave: Medicamentos; Constitucionalismo; Democracia.

ABSTRACT

The number of claims which the plead involves gratuitous medicine's catering is increasing more and more and the Judiciary has been deciding it. The importance and relevance of the theme are meaningful, the reason why the Supreme Court determined the realization of an open court to discuss the health assistance at Brasil, including pharmaceutical assistance. This article, through the constitutional and democracy theories, joining to them the study about the reality of the question, juridical nature of the right of medicine's access, has the goal to contribute with the debate extant.

Keywords: Medicines; Constitucional; Democracy.

* Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Correspondência para/Correspondence to: Rua Mariano Torres, 435, ap. 82, 80060-120, Curitiba-PR. E-mail: falegigi@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

Inúmeros brasileiros necessitam de assistência à saúde o que implica, inevitavelmente, a prescrição de medicamentos como parte de seu tratamento.

Essa realidade, somada ao alto custo dos fármacos, especialmente no contexto das pessoas com baixo poder aquisitivo no Brasil, fomenta a demanda perante o Sistema Único de Saúde (SUS), a fim de que esses sejam obtidos sem qualquer custo a ser pago diretamente.

Em não sendo disponibilizados gratuitamente, resta aos enfermos a procura pelo Poder Judiciário, fato que originou o atual debate acerca do acesso a medicamentos, tendo em vista que o número de pedidos ajuizados cresce com grande velocidade e de forma preocupante.

Essa preocupação já chegou ao Supremo Tribunal Federal, que designou a realização de audiência pública para debater a assistência à saúde no Brasil, estando incluída no debate a assistência farmacêutica.

Considerando tais dados, o presente artigo tem por objetivo lançar reflexões a respeito do tema sob a perspectiva do constitucionalismo e da democracia, iniciando-se por um diagnóstico do problema em estudo, especificando, inclusive, qual a natureza jurídica do direito ao acesso a medicamentos.

42

Após, será analisada a estruturação da assistência farmacêutica no Brasil, especificando-se a política pública pertinente, dando ciência ao leitor de como os medicamentos são registrados no respectivo órgão sanitário (Anvisa) e de que forma passam a fazer parte das listas do SUS.

A análise jurídica propriamente dita da questão terá início por meio da identificação da natureza jurídica do direito ao acesso a medicamentos, seguida de considerações sobre o constitucionalismo, a democracia e sua relação com o fornecimento de medicamentos, para ao final do trabalho serem lançados elementos que possam agregar mais fundamentos para enriquecer o debate.

DIAGNÓSTICO DA PROBLEMÁTICA PERTINENTE AOS MEDICAMENTOS

Antes da análise teórico-jurídica, relativa ao fornecimento gratuito de medicamentos, é preciso identificar o que compreende a problemática atual pertinente ao tema.

A identificação pretendida deve partir de dado fático notório, qual seja, o de que as demandas judiciais visando à obtenção gratuita de medicamentos não param de crescer¹.

¹ “Ações judiciais para a aquisição de medicamentos consumiram R\$ 52 milhões do Ministério da Saúde em 2008, o triplo do valor gasto em 2007, revela o levantamento do governo federal. Em três anos, o aumento dos custos com a judicialização foi de quase 2.000%” (COLLUCCI, C. Triplicam

Essa informação deve ser interpretada por meio da reflexão sobre qual(is) seria(m) a(s) causa(s) desse fenômeno, uma vez que a judicialização de qualquer problema sempre deve ter justificativa, à luz da perspectiva jurídica.

Se há cidadãos buscando a tutela jurisdicional para obter gratuitamente os medicamentos, sem dúvida a forma pela qual o Estado vem prestando assistência farmacêutica não os está atendendo positivamente por algum(ns) motivos(s).

A verificação desse(s) motivo(s) deve ser buscada por meio da compreensão acerca do modo como está estruturada a política pública brasileira responsável pela distribuição de medicamentos à população.

Também faz parte do diagnóstico ora explicitado a informação de que o estudo do tema é extremamente importante e pertinente no atual momento histórico.

Essa constatação encontra respaldo no fato de que o Supremo Tribunal Federal colocou em pauta a realização de audiência pública no final do mês de abril e começo do mês de maio do presente ano, para discutir temas relativos à assistência à saúde no Brasil, entre eles, a assistência farmacêutica².

Assim, tendo em vista o alcance e a proporção que a questão tomou, é preciso analisar como se desenvolve a política pública brasileira de fornecimento não oneroso de fármacos ao cidadão e quais as consequências atuais dessa política, para poder compreendê-la do modo mais imparcial possível.

Em razão da constatação da eficiência ou não da política pública farmacêutica, e o que decorre disso, será possível proceder à adequada análise teórico-jurídica a respeito do fornecimento gratuito de medicamentos no Brasil, sob a perspectiva do constitucionalismo e da democracia.

ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA NO BRASIL E POLÍTICA PÚBLICA

O início dos debates sobre o acesso a medicamentos, constitucionalismo e democracia no Brasil é a ciência da forma pela qual se desenvolve a política pública de assistência farmacêutica no país.

as ações judiciais para obter medicamentos. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, Folha Saúde, Caderno 7, p. 13, 9 jan. 2009).

² A necessidade da realização da referida audiência advém nos inúmeros casos pendentes de julgamento e que para serem decididos precisam que os ministros tenham maior conhecimento sobre como se desenvolvem aspectos relacionados à assistência à saúde no país, fazendo parte dela a assistência farmacêutica. Os temas elencados são: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na Anvisa ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudienciaSaude.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2007).

Para que um fármaco passe a ser fornecido gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS) é preciso que determinados procedimentos sejam seguidos.

Primeiro, é necessário que se apresente à agência de regulação do setor no Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), um número mínimo de estudos nos quais constem a molécula, nome fantasia, doses, quantidade e quais indivíduos foram objeto dos testes, entre outros dados.

A análise feita pela Anvisa demonstrará se o produto é seguro e eficaz. Cabe destacar que a segurança e eficácia são conceitos que dizem respeito apenas às condições em que foram feitas as pesquisas e ao grupo de pessoas que delas participou, e não a toda a coletividade, não a todos os potenciais consumidores do novo produto desenvolvido.

Devido ao alto custo para a elaboração dos referidos estudos, na prática a indústria farmacêutica é responsável pela maioria dos pedidos de registro de fármacos feitos à Anvisa, em que pese outros interessados, como entidades médicas, possam apresentar o resultado de suas pesquisas para fins de registro.

Ultrapassada a etapa registral, quaisquer interessados, dentro de toda a comunidade, bem como o Estado, por iniciativa própria, podem encaminhar à Comissão para a Incorporação de Tecnologia (Citec) do Ministério da Saúde pedido para que a substância³ registrada seja incluída nas listas do SUS, de acordo com o procedimento previsto na Portaria n. 2.587/2008.

44

A Citec tem membros permanentes e temporários, convocados *ad hoc* em virtude da necessidade de pareceres especializadíssimos, mas todos isentos quanto aos interesses adversos, pois se tenta manter a maior imparcialidade possível quanto à escolha das substâncias que serão disponibilizadas.

Os pedidos serão analisados de acordo com critérios diferentes dos da Anvisa, posto que, ao integrarem as listas do SUS, os fármacos não mais estarão restritos ao grupo de pessoas que participou dos testes para a comercialização, mas, sim, à coletividade que deles fará uso, do que decorre grande responsabilidade do ente estatal quanto à definição da assistência farmacêutica à população.

Assim, o Ministério da Saúde, por meio da Citec, utiliza critérios com conotação diversa das da Anvisa para permitir inclusão de substâncias nas listas públicas, quais sejam, efetividade (substância que está apta a proporcionar resultados positivos em toda a população, não em um grupo testado especificamente) em vez de eficácia, pertinência para o SUS, custo, segurança (também

³ Utiliza-se o termo “substância” em vez de “medicamento” porque são incluídos nas listas para a distribuição gratuita os nomes das substâncias que farão parte do princípio ativo, a fim de ampliar a possibilidade de escolhas de fármacos para o tratamento dos enfermos, por exemplo, em processos licitatórios.

considerada em relação à coletividade, não a um grupo específico de testes), relação custo X benefício.

Por esse motivo não existe vinculação entre o registro na Anvisa e a inclusão na lista para fornecimento gratuito, ou seja, há milhares de possibilidades de tratamento ambulatorial, em que o paciente recebe o medicamento e se trata em casa, não disponibilizadas pelo SUS.

Além disso, por mais que haja previsão normativa para que a Citec leve a efeito suas análises da melhor forma possível, obedecendo a procedimento previamente estipulado (Portaria n. 2.587/2008), constata-se que nem todos os interessados têm condições técnicas e financeiras para fazer requerimentos não apenas o registro na Anvisa, mas também no Ministério da Saúde, o que compromete substancialmente a abrangência de tratamentos no Brasil.

Isso porque as iniciativas para inserir novas formas de tratamento acabam por ficar restritas ao interesse da indústria farmacêutica e ao eventual interesse estatal em disponibilizar novas drogas para tratamento.

Não bastasse isso, o processo para a inclusão de substâncias nas listas do SUS é extremamente burocrático e a demora para sua finalização pode se estender demasiadamente, a ponto de deixar essas listas desatualizadas.

Acrescente-se, ainda, que o custo é um dos critérios avaliados pela Citec para incluir ou não princípios ativos nas listas públicas, do que se imagina a tendência a que não ocorra, exceto em casos extremos, preferência aos fármacos mais caros ou que esses sejam disponibilizados apenas para uma espécie de patologia, ainda que possam ser prescritos para outras enfermidades.

A síntese da política pública relativa à assistência farmacêutica apresentada há pouco demonstra que a efetivação do direito ao acesso a medicamentos resta seriamente comprometida, já que as demandas sociais e concretas para tratamento têm acentuadamente maior probabilidade de ficarem de fora do cenário oficial de registro de produtos e inclusão nas listas do SUS.

Não é sem razão, portanto, que crescem consideravelmente as demandas judiciais cujo pedido diz respeito ao fornecimento de medicamentos não incluídos nas listas oficiais ou não registrados na Anvisa.

Para se ter a exata dimensão do que significa na prática haver política pública tão restritiva e, por isso, ineficiente, é preciso conhecer pelo menos um exemplo concreto.

Há atos normativos estatais que determinam que o medicamento será fornecido para determinada(s) patologia(s), sendo essas identificadas de acordo com códigos (letras acompanhadas de números) presentes na “CID –10”, que corresponde à *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde*). Ex.: CID-10 F 20 equivale à Esquizofrenia.

Assim, qualquer interessado pode ter acesso a tais atos normativos, uma vez que são públicos e em sua maioria disponíveis na internet, a fim de verificar qual a efetiva amplitude de cobertura farmacêutica vigente no país.

Dentre eles, destaca-se a Portaria n. 2.577, de 27 de outubro de 2006, responsável pelo rol dos medicamentos excepcionais⁴ fornecidos pelo Ministério da Saúde.

Nela, um dos melhores medicamentos para tratamento na área de saúde mental, o *Seroquel*, cujo princípio ativo denomina-se *quetiapina*, por se tratar de medicamento excepcional de altíssimo custo, tem seu fornecimento gratuito previsto na referida Portaria apenas para a CID-10: F 20 Esquizofrenia; F 20.0 Esquizofrenia paranoide; F 20.1 Esquizofrenia hebefrênica; F 20.2 Esquizofrenia catatônica; F 20.3 Esquizofrenia indiferenciada; F 20.4 Depressão pós-esquizofrênica; F 20.5 Esquizofrenia residual; F 20.6 Esquizofrenia simples; F 20.8 Esquizofrenia hebefrênica.

Ocorre que a bula do referido fármaco prevê expressamente que esse também pode ser utilizado para o tratamento da patologia pertinente ao transtorno bipolar (humor)⁵.

Isso significa que estão privados de tratamento gratuito, e com fármaco de altíssima qualidade, pacientes cujas patologias são: esquizofrenia não especificada (F 20.8), transtorno afetivo bipolar, episódio atual hipomaniaco (F 31.0), transtorno afetivo bipolar, episódio atual maniaco sem sintomas psicóticos (F 31.1), transtorno afetivo bipolar, episódio atual maniaco com sintomas psicóticos (F 32.2), transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo leve ou moderado (F 31.3), transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo grave sem sintomas psicóticos (F 31.4), transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo grave com sintomas psicóticos (F 31.5), transtorno afetivo bipolar, episódio atual misto (F 31.6), transtorno afetivo bipolar, atualmente em remissão (F 31.7), outros transtornos afetivos bipolares (F 31.8) e transtorno afetivo bipolar não especificado (F 31.9)⁶.

⁴ São medicamentos de custo unitário elevado, segundo informação que consta do próprio *site* do Ministério da Saúde (Disponível em: <[http://: www.saude.gov.br](http://www.saude.gov.br)>. Acesso em: 10 mar. 2009).

⁵ “1. COMO ESTE MEDICAMENTO FUNCIONA? SEROQUEL pertence a um grupo de medicamentos chamado antipsicóticos, os quais melhoram os sintomas de alguns tipos de transtornos mentais, tais como, alucinações (por exemplo, ouvir vozes que não estão presentes), ter pensamentos estranhos e assustadores, mudanças no comportamento, sensação de estar sozinho e confuso. SEROQUEL *também pode ser usado para o tratamento de pessoas com um transtorno que afeta o humor, ou seja, quando elas se sentem eufóricas ou excitadas. Pessoas nestas condições, dormem menos que o usual, são mais falantes e têm pensamento e ideias rápidas. Elas também podem se sentir extremamente irritadas.* 2. POR QUE ESTE MEDICAMENTO FOI INDICADO? SEROQUEL está indicado para o tratamento de esquizofrenia (...). SEROQUEL *também pode ser usado para o tratamento de pessoas com um transtorno que afeta o humor, ou seja, quando elas estão eufóricas ou excitadas. Pessoas nestas condições, dormem menos que o usual, são mais falantes e têm pensamento e ideias rápidas. Elas também podem se sentir extremamente irritadas*” (grifos).

⁶ O mesmo ocorre com o medicamento *Lamitor*, cujo princípio ativo é a *lamotrigina*. Por ser medicamento excepcional e de custo considerável para os padrões brasileiros, tem seu fornecimento

Não bastasse isso, é importante enfatizar que as listas do SUS, além de não apresentarem cobertura eficiente, conforme já demonstrado, estão inevitavelmente desatualizadas, permanecendo por muito tempo sem a inclusão de drogas novas e mais eficazes.

Sobre a desatualização dos protocolos clínicos, é exemplo a nova fórmula do medicamento *Seroquel*, lançada há alguns meses em sua versão *Seroquel XRO*, que possui maior eficácia devido ao fato de agir no sistema nervoso por 24 horas, não apenas 12 horas como seu antecessor. Para pacientes com problemas no sistema nervoso, como os doentes mentais, a ação medicamentosa prolongada tem benefícios imensuráveis, já que podem ficar permanentemente sem os sintomas da doença, com proteção integral durante o dia e a noite. Uma explicação possível para a desatualização constatada pode ser o preço do referido medicamento, que tem alto custo.

Os exemplos dados indicam que a atual política pública brasileira farmacêutica sequer presta assistência mínima e o mais básica possível ao cidadão, contrariando prescrições médicas compatíveis com o que consta, por exemplo, da bula de determinado medicamento.

Caso o enfermo não tenha recursos financeiros para comprar o medicamento de que precisa para preservar sua vida, ou ficará sem tratamento algum, esperando a morte, ou será submetido a tratamento na rede pública com a utilização de, em tese, outros fármacos que também possam ter eficácia no tratamento da doença de que o paciente é portador.

Esse é um dos fundamentos reiteradamente sustentados pelos órgãos governamentais em demandas judiciais para se negarem a fornecer o medicamento pleiteado, mas essa tese não deve prevalecer. Para a cura ou controle de determinadas enfermidades, não se pode admitir essa espécie de substituição.

O tratamento a ser conferido às doenças mentais, por exemplo, demonstra de modo irrefutável a consistência do argumentos defendidos neste artigo.

A doença mental decorre de desequilíbrios nas trocas químicas havidas entre as células do sistema nervoso, os neurônios. É por meio dessas trocas que os seres humanos falam, andam e experimentam várias espécies de sentimentos.

Se houver qualquer falha na transmissão das substâncias indispensáveis ao bom funcionamento do sistema nervoso, ou porque não são por ele produzidas,

garantido pelo Portaria n. 2.577/2006 apenas para algumas espécies de epilepsia, quando, na verdade, tem uso possível para diversos transtornos mentais, funcionando como estabilizador de humor. Pacientes com transtorno mental, entretanto, não o recebem gratuitamente. Registre-se, por oportuno, que diversos outros anticonvulsivantes são ótimos estabilizadores de humor, auxiliando de modo significativo no controle de transtornos mentais. Os pacientes que deles precisam, e que são milhares de pessoas, contudo, não têm acesso a eles gratuitamente, o que pode comprometer de modo significativo seu quadro clínico.

ou porque são produzidas em quantidade inferior ou superior ao desejável ou porque, ainda, os receptores neurais dos neurônios não as recebem, uma das consequências é o desenvolvimento da doença mental⁷.

E ainda que não exista cura conhecida na medicina, existe a possibilidade de controle por meio da ingestão de medicamentos. O tratamento apenas apresenta resultados satisfatórios na hipótese em que o psiquiatra consegue prescrever o medicamento, ou a combinação deles, que possa suprir o defeito químico manifestado pelo sistema nervoso que apresenta defeito genético.

Uma vez alcançado o equilíbrio químico indispensável ao bem-estar do paciente, para que ele possa viver com dignidade, convivendo pacificamente em sociedade, se a combinação química for modificada corresponderá à total falta de tratamento.

Assim, para pacientes psiquiátricos, por exemplo, não existe(m) medicamento(s) similar(es), que possa(m) ter exatamente a mesma eficácia, ou seja, não há como acatar a tese estatal segundo a qual poderá haver tratamento substitutivo: ou se utiliza(m) o(s) remédio(s) que obtive(ram) êxito, ou não se estará tratando verdadeiramente o paciente.

Doenças psiquiátricas são um bom exemplo, mas não são exceção, pois há milhares de outras enfermidades cujo tratamento não pode ser modificado, sob pena de se estar submetendo esses pacientes a tratamento desumano ou degradante, bem como a risco de vida, o que é vedado pelo ordenamento jurídico (art. 15 do CC).

Por meio das noções postas, extrai-se a explicação para a escolha dos temas a serem debatidos em audiência pública no Supremo Tribunal Federal, fato que merece atenção e será apresentado neste trabalho à luz do arcabouço teórico pertinente ao constitucionalismo e à democracia.

NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS

A fim de viabilizar o estudo do tema aqui proposto, acesso a medicamentos, constitucionalismo e democracia, deve-se partir da definição a respeito da natureza jurídica que o permeia, uma vez que disso decorrerá o regime jurídico a ser buscado pelo estudioso do tema.

Sobre a questão, cabe lembrar que a Constituição de 1988 simboliza a ruptura com o regime militar, cuja característica autoritária impedia a proteção

⁷ A predisposição genética que desencadeará a doença mental pode receber a contribuição de fatores externos, fazendo com que a doença se manifeste ou se agrave às vezes precocemente, tais como, o uso de drogas, o uso de álcool e o estresse.

dos direitos fundamentais no Brasil. Assim, seu texto fez renascer a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CR/88).

O resgate da perspectiva da dignidade deve fazer parte e conduzir à interpretação decorrente do texto constitucional e demais atos normativos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de negar-se a natureza democrática do Estado de Direito e de se fomentar a existência de inconstitucionalidades.

São objetivos da República Federativa do Brasil a construção de sociedade justa e solidária e a promoção do bem de todos (art. 3º, I e IV, da CR/88), da mesma forma que seu preâmbulo deixa claro que o Estado Democrático destina-se a assegurar, por exemplo, o exercício dos direitos sociais, individuais, o bem-estar, a justiça e a igualdade.

Não é sem razão, portanto, que o atual texto constitucional auxilia, de forma inquestionável, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, fazendo com que figurem dentre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, I, da CR/88)⁸, bem como que façam parte, dos direitos fundamentais, os direitos sociais⁹.

No que diz respeito ao acesso a medicamentos, esse direito está previsto no art. 6º da CR/88, uma vez que decorre do reconhecimento do direito social à saúde, ou seja, a ele se aplicam as mesmas regras válidas para os direitos fundamentais, inclusive a de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CR/88).

As reflexões até então postas sobre o direito à saúde serão o fio condutor para o prosseguimento deste trabalho, uma vez que é preciso partir de referencial teórico sólido, a fim de que as conclusões exaradas no corpo do presente artigo tenham fundamento jurídico, já que o tema facilmente pode despertar reações emocionais arbitrárias.

⁸ Esses aspectos são defendidos com base nas noções de indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos.

⁹ “No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que se fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de amplo processo de discussão oportunizado com redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar. (...). Três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. (...). O pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário (...), já que o Constituinte, nas redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo constituinte. Também a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 73-75).

CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

O tema em debate diz respeito ao direito à saúde, direito fundamental e que por sua natureza inclui-se no debate pertinente à eficácia dos direitos fundamentais. Por esse motivo faz-se necessário o estudo do constitucionalismo¹⁰ brasileiro quanto ao aspecto da efetividade das normas constitucionais.

As reflexões sobre a questão são inúmeras e diversas teses já chegaram aos tribunais pátrios, incluindo o Supremo Tribunal Federal. Nessa Corte, o direito constitucional à saúde ganhou espaço quanto à efetividade, havendo julgados que permitem a distribuição gratuita de medicamentos pelo Poder Público¹¹.

Tendo em vista tais constatações, emerge a necessidade de reflexão sobre se há justificativa teórica para que o Poder Judiciário possa decidir sobre temas que envolvam políticas públicas e medidas legislativas que não foram implementadas na esfera política, devido à inércia dos Poderes Executivo e Legislativo.

Nessa seara, os debates se consolidam em torno de teses que representam obstáculo à efetivação do direito à saúde; esse é o ponto em razão do qual se aperfeiçoam as diversas teses jurídicas.

Pela limitação de páginas deste trabalho, própria de qualquer artigo, serão analisados apenas as principais objeções à concretização do direito à saúde, quais sejam, restrições orçamentárias (reserva do possível), dimensão coletiva desse

¹⁰ O conceito de constitucionalismo adotado no presente trabalho dá-se em sentido estrito, explicado do seguinte modo: “(...) é a técnica jurídica da tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio. (...) Com efeito, o movimento constitucionalista apregoava que todos os Estados deveriam possuir constituições escritas, as quais funcionariam como instrumentos assecuratórios dos direitos e garantias fundamentais. O marco do seu apogeu foi o fim do século XVIII, em oposição ao absolutismo, pelo contrário, defendia a divisão de poder. (...) Tal enunciado consistiu numa arma do liberalismo contra o absolutismo, caracterizado pela fusão do monarca com o Estado. A doutrina liberal encontrou, dessa forma, uma saída para eliminar os abusos, as arbitrariedades, o desrespeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, cometidos pela realeza. Portanto, como *técnica jurídica de tutela das liberdades*, o constitucionalismo foi um movimento criado para assegurar as prerrogativas inalienáveis do ser humano, permitindo ao povo exercer seus direitos fundamentais, previstos na constituição. O constitucionalismo é uma *técnica jurídica de tutela das liberdades*, porquanto engloba um conjunto de normas, instituições e princípios constitucionais positivos, depositados em constituições escritas, a exemplo do direito à vida, à igualdade, à dignidade, ao devido processo legal, e tantos outros vetores relacionados à mecânica dos direitos humanos fundamentais” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11-13).

¹¹ Alguns julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em prol do fornecimento de medicamentos: RE 195192 – Rel. Ministro Marco Aurélio – j. 22.02.2009; RE 271.286 – AGR – Rel. Celso de Mello – j. 12.12.2006; RE 393175 – Rel. Celso de Mello. j. 12.12.2006; AGRRE 238328 – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 16.11.1999; e AGRRE 255627 – Rel. Min. Nelson Jobim – j. 23.02.2001.

direito (direito de todos X direito de um único indivíduo), eficiência das políticas públicas existentes (listas do SUS) e ativismo judicial/separação de poderes/legitimação do Poder Judiciário para proferir decisões que interfiram de algum modo na atuação política dos Poderes Executivo e Legislativo.

O último aspecto levantado, devido à densidade teórica que o permeia, ativismo judicial/separação de poderes/legitimação do Poder Judiciário, será objeto de análise em tópico específico, ao passo que os demais a partir desse momento serão apreciados.

Sobre as restrições orçamentárias para a concretização do direito à saúde, Ingo Wolfgang Sarlet¹² explica que todos os direitos fundamentais podem implicar custo de algum modo, não estando restrita aos direitos sociais.

Comumente, segundo o autor, há referência à questão sob o título “reserva do possível”, expressão com origem na Alemanha, na década de 1970, cujos aspectos teóricos foram recepcionados e desenvolvidos na esfera de julgamentos do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Para ele, a realidade pertinente à reserva do possível compreende três aspectos centrais: disponibilidade fática de recursos para a efetivação de direitos, disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos e proporcionalidade e razoabilidade da prestação¹³.

Ao refletir acerca das consequências da aplicabilidade da “reserva do possível” na seara das prestações de saúde, Ingo conclui que, se estiver pelo menos presente o debate sobre o mínimo existencial, o direito pleiteado é judicialmente exigível, posto que devem prevalecer a vida e a dignidade da pessoa humana.

Em se tratando do fornecimento gratuito de medicamentos, a decisão que permitirá ou não a disponibilização desses fará a escolha entre a vida e a morte de

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Coord.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 291-318.

¹³ “De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. (...) Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador” (SARLET, 2008, p. 308).

um paciente, do que se depreende, nesse caso específico, estar presente o mínimo existencial, ou seja, não há possibilidade de o Estado invocar a “reserva do possível” para se esquivar de sua responsabilidade.

Além disso, deve-se destacar que a realidade político-social alemã não se compatibiliza com a brasileira, constatação oportuna e imprescindível à análise das consequências da interpretação do texto de 1988 à luz da teoria da reserva do possível.

Julgado da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná traduz a necessidade de cautela quanto a esse aspecto. Seu texto é longo, mas deve ser transcrito em sua integralidade, a fim de que o leitor compreenda o raciocínio a ser seguido:

APelação CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DE TRANSTORNO EFETIVO BIPOLAR. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DEVER DO MUNICÍPIO QUANTO AO FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DIANTE DA OCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. VIOLAÇÃO A DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E À VIDA. OFENSA À UNIVERSALIDADE E À IGUALDADE DO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. (...) *Conjunto probatório suficiente para comprovar que a representada é portadora da patologia Distúrbio Efetivo Bipolar e necessita da medicação prescrita, ainda que não conste na lista de medicamentos do programa para a aquisição de medicamentos e pelo fato de os médicos não serem cadastrados ao SUS, por se tratar de violação a direito constitucional à saúde e à vida.* 4. *Inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível diante da realidade jurídico e social brasileira.* (...) Outrossim, vale ressaltar que não obstante o apelante ter invocado que para a efetivação dos direitos sociais dependeria da disponibilidade de recursos públicos necessários para sua satisfação, tudo em atenção ao seu limite, chamado de **reserva do possível**. 2. **Vale acrescer que tal teoria foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social diametralmente contrário com a realidade brasileira. Assim, enquanto aquele se insere entre os chamados países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, este é considerado um país periférico em que as condições oportunizadas se fazem de modo desigual dentre sua população. Logo, esta teoria estrangeira sobre a interpretação dos direitos sociais não pode ser facilmente aplicada para a realidade brasileira, sem as suas respectivas adaptações.** 3. **Nesse passo, com a devida vênia, faz-se mister trazer à colação o entendimento de Dirley da Cunha Júnior: “Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio**

milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele 'algo' existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, festas pomposas, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência. 4. Nesse contexto, impende destacar o entendimento do insigne Ministro Celso de Mello, a propósito do julgamento ADPF n. 45, que incidentalmente reconheceu a possibilidade do controle judicial de políticas públicas diante da inércia de órgãos de direção política frente aos deveres constitucionais quanto à respectiva implementação: 'É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em

um imperativo ético-jurídico —, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.” (...). Note-se que o desprezo dos entes públicos quanto ao fornecimento regular e gratuito dos medicamentos afronta diametralmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, obrigando a impetrante a assistir o agravamento de seu quadro clínico, além de ter que suportar a enfermidade já existente (...). (grifos)¹⁴

Outro óbice colocado à efetividade do direito à saúde diz respeito ao fato de a saúde ser direito de todos, não se podendo admitir que para tratar um indivíduo doente sejam gastos recursos significativos, o que pode comprometer o tratamento de inúmeros outros. Luis Roberto Barroso explica esse contexto:

Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de o Judiciário imiscuir-se na política de administração pública¹⁵.

Essa questão igualmente não pode ser analisada sem que se considerem os contextos social e político brasileiros, posto que o direito não se faz só com o texto positivo, mas com contextualização da realidade social em que está inserido.

54

Recentes notícias na esfera política levam ao conhecimento dos cidadãos gastos excessivos e impertinentes à sua finalidade com cartões corporativos, passagens aéreas, pagamento bilionário de horas extras no parlamento, aumento corriqueiro de verbas parlamentares, corrupção desenfreada e diminuição gradativa, em cada proposta orçamentária, de recursos destinados à saúde.

Esses são apenas alguns dos exemplos possíveis em meio a tantas outras demonstrações de que arrecadação financeira em importe considerável de fato existe no Brasil; a grande questão é a inadequada destinação dos recursos.

¹⁴ TJPR – 5ª C.C. – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO n. 440.873-3 – Apelante: ESTADO DO PARANÁ e Apelada: EVA PEREIRA DE ASSUNÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. – Rel. JURANDYR REIS JÚNIOR – j. em 22.01.2008. 1 TJPR, ApCvReex 0419799-9, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Abraham Lincoln Calixto, DJ em 28.09.2007. 2 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 448. 3 KRELL, Andreas J. *op. cit.* IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*, p. 1. 4 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, p. 713. 5 DJ 04.05.2004, p. 12. 6 Ap. Cível e Reexame Necessário n. 0361124-3, 5ª C.C., Rel. Des. Leonel Cunha, j. em 28.11.2006, DJ 15.12.2006. 7 Ag.I. 0332967-3, 5ª C.C., Rel. Juiz Convocado Eduardo Sarrão, j. em 13.06.2006, DJ 28.07.2006. 8 DIAZEPAN 5mg, TRYPTANOL 25mg, CINARIZINA 75mg e CIMETIDINA 200mg.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, v. 9, n. 46, p. 31-62, nov./dez. 2007. p. 51.

No que diz respeito ao contexto social, basta que se tenha a percepção de que os mandatos eletivos seguem sendo cumpridos há muitos anos e não há melhoras significativas quanto ao cumprimento de diversos direitos sociais, entre eles, o da saúde.

Não é sem razão que o caos social se instalou no Brasil e é sentido por todos, seja por que meio for: violência, falta de educação de qualidade, ausência de cultura, moradia, assistência à saúde, saneamento básico e assim por diante.

Diante desse quadro crítico, somado ao que já se expôs no presente trabalho sobre a forma pela qual se estrutura a política pública brasileira de assistência farmacêutica, o estudioso do direito deve ter perspicácia para compreender que demandas judiciais por meio das quais se requer o fornecimento de medicamentos no Brasil refletem invariavelmente a enorme deficiência das políticas públicas pertinentes, bem como destinação inadequada de recursos, pois sobra orçamento onde assim não deveria ser.

Dessa forma, acatar a tese de que um cidadão brasileiro tenha que ficar sem assistência farmacêutica de qualquer espécie em prol da coletividade significa dar respaldo à continuidade de políticas ineficientes, que afrontam direitos fundamentais.

Isso porque a imposição judicial de tratamento pode fazer com que o Estado reformule políticas públicas incompatíveis com o interesse público, que demanda atendimento farmacêutico eficiente.

Além disso, não se pode deixar o cidadão sem assistência, sob pena de o condenar à morte, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que decisões que definem se haverá ou não o acesso a medicamentos fazem a diferença entre a vida e a morte de uma pessoa.

As próprias características do constitucionalismo adotadas no presente trabalho, compatíveis com a defesa de direitos, não excepcionam direitos individuais em prol dos coletivos, porque isso significaria a não defesa dos referidos direitos. Direitos fundamentais assim o são sempre, nunca excepcionalmente.

Por esse motivo, não se pode acatar argumentos no sentido de que as políticas públicas existentes são eficientes, devendo-se permitir, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não incluídos nas listas do SUS, não registrados na Anisa, alguns deles experimentais, outros sem eficácia comprovada.

Ora, a prescrição de qualquer medicamento é feita por profissional legalmente habilitado, do que se depreende que o tratamento prescrito é eficiente para aquele paciente.

Assim, o fato de ser experimental ou sem registro na Anvisa não implica suspeição do respectivo fármaco, até pela constatação já feita neste trabalho de que o registro das substâncias medicamentosas no Brasil não é democrático e está restrito à capacidade econômica do interessado, em geral, a lucrativa indústria farmacêutica.

Além disso, cada paciente tem uma necessidade específica de tratamento, não se podendo obrigá-lo a submeter-se a tratamento que consta da listas do SUS, mas que a ele é ineficaz. Não existe direito à saúde pela metade: ou ele é integralmente garantido ou não se trata de atendimento ao direito à saúde.

Sobre essa temática, seguem importantes reflexões abaixo enunciadas:

(...) os rígidos padrões de dispensação adotados pelo Poder Executivo estão afastando, cada vez mais, os cidadãos do seu direito à saúde constitucionalmente assegurado. O funcionamento do SUS demonstra que o fornecimento dos medicamentos de alto custo pelo Estado tem sido cada vez mais restringido, controlado e refreado. (...) Mesmo que o paciente seja portador de uma receita emitida por um médico pertencente à rede pública de saúde, não terá deferida a dispensação de um medicamento, caso este não seja o previsto, nos Protocolos como o indicado para a sua enfermidade. O seu direito de acesso à saúde é negado. Temos assim configurada uma flagrante contradição médicos que participam do SUS prescrevem um tratamento para o seu paciente, por entender ser este o tratamento mais adequado à sua enfermidade. Esta decisão é inquestionável. Mas o paciente não obtém este medicamento caso não haja previsão de aplicação no Protocolo Clínico. (...) Judicializaram-se as políticas públicas de saúde no Brasil. Em razão da infeliz opção feita pelo Poder Executivo brasileiro em limitar o acesso à assistência farmacêutica com base em Portarias, cria-se a necessidade de se resguardar a efetividade do mandamento constitucional judicialmente. A opção dos Protocolos é equivocada. Em um só momento, generaliza-se o tratamento médico de milhares de indivíduos que possuem quadros clínicos, peculiaridade físicas, etárias, sociais e comportamentais diferentes. Desconsideram os Protocolos que cada paciente deve ter seu tratamento prescrito de forma individualizada, já que cada organismo responde de forma única a um mesmo tratamento. A opção pela equação custo/efetividade acarretou a escolha pelos Protocolos de medicamentos, que são muitas vezes os mais baratos dentre os existentes, que podem ser prescritos somente em quantidades insuficientes, por um período muito curto de tempo¹⁶.

Quanto ao ativismo judicial/separação de poderes/legitimação do Poder Judiciário para proferir decisões que interfiram de algum modo na atuação política dos Poderes Executivo e Legislativo, o próximo tópico tratará com exatidão desse tema.

¹⁶ CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. *Revista de Direito Social*, p. 119-127, jan./mar. 2007. p. 124 e 125.

DEMOCRACIA E ACESSO A MEDICAMENTOS

No que diz respeito à temática pertinente ao fato de o Poder Judiciário proferir decisões afetas às políticas desenvolvidas pelos outros Poderes, questiona-se constantemente a legitimidade para tanto¹⁷.

Os fundamentos utilizados por aqueles que negam a referida legitimidade parte de dois pilares principais: o primeiro com respaldo na teoria da separação de poderes e o outro afeto à falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para atuar em tais questões.

Quanto à separação de poderes, a problemática emerge da constatação segundo a qual os intérpretes e aplicadores dos preceitos normativos, por um lado, devem preservar a máxima efetividade possível para os direitos sociais, mas, por outro, não podem ignorar o modelo da separação de poderes adotado no texto constitucional, não sendo aceitável que decidam sobre políticas públicas afetas ao campo decisório dos Poderes Legislativo e Executivo¹⁸.

Ocorre que a clássica separação de poderes surgiu em contexto sociopolítico diverso do que enfrenta a sociedade brasileira contemporânea. Não se está no presente momento defendendo a violação desse princípio, mas uma interpretação guiada pela própria ideia de mutação constitucional, a fim de compatibilizar seu conteúdo com as efetivas necessidades sociais, observe-se:

A separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos. (...) O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo num desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda (...) Convertido numa técnica substancialmente jurídica, o princípio que se empregou contra o absolutismo dos reis, o absolutismo dos parlamentos (...) não ficaria defi-

¹⁷ “Na mesma medida em que se robustece o protagonismo do *Judiciário*, crescem e se acirram as posições favoráveis e as contrárias a esse fenômeno. A valorização do ativismo judicial e do constitucionalismo tem seu contraponto na contenção, nos riscos da extrapolação de suas funções, nos preceitos majoritários. A polêmica, uma vez mais, não é só de princípios. Está em jogo a força relativa das instituições e de seus integrantes, como também a manutenção de privilégios e a efetivação de projetos políticos” (SADEK, Maria Teresa Aina. *Ativismo judiciário a pleno vapor. O Estado de S.Paulo*, São Paulo, n. 41.956, Aliás, p. J4, 31 ago. 2008).

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 763.

nitivamente posposto. (...) do mesmo passo que denegam e oprimem aos mais legítimos interesses da liberdade humana¹⁹.

Assim, o simples fato de um magistrado permitir o fornecimento de medicamento não previsto na lista oficial do SUS, por exemplo, não significa afronta à separação de poderes, se essa decisão for contextualizada segundo a forma pela qual se dá a assistência farmacêutica no Brasil que, conforme já demonstrado ao longo do presente, é excludente e acessível apenas às indústrias farmacêuticas.

Não se pode abandonar o cidadão, deixando-se de dar efetividade ao seu direito, fazendo-o aguardar por política pública que nunca será eficiente para tratá-lo.

No que diz respeito à legitimação democrática, o óbice imposto relaciona-se com a principal constatação de que os magistrados não teriam sido eleitos por voto popular.

Luis Roberto Barroso²⁰ explica que o princípio democrático expressa justamente essa ideia de soberania popular, ou seja, todo o poder emana do povo, de modo que periodicamente o povo se manifesta para eleger seus representantes que farão parte dos quadros dos Poderes Legislativo e Executivo, o que não ocorre com o Poder Judiciário.

Expõe, ainda, que pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais, hipótese em que o Poder Judiciário deve agir, do que emerge o questionamento acerca da possibilidade de os juízes interferirem na definição de políticas públicas.

A essa questão, o autor responde que poderá haver a intervenção jurisdicional sempre que se estiver atuando para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente, concluindo seu raciocínio no sentido de que a atuação judicial será legítima ao se reconduzir a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador, para que não haja ato de vontade própria do órgão julgador.

Refletindo sobre as lições há pouco expostas, é possível chegar à conclusão de que se o Poder Constituinte, representando a vontade popular, inseriu direitos e exigiu sua proteção no texto da Constituição de 1988, está legitimada a intervenção judicial para que se dê efetividade ao texto constitucional.

Essa legitimação é explicada por meio do modo pelo qual se demonstra ser possível garantir a vigência do texto constitucional, qual seja:

Dentro do regime democrático, a forma mais significativa de garantir a supremacia da Constituição é através do controle de constitucionalidade.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 146-148.

²⁰ *Ibid.*, p. 39.

O Poder Judiciário necessita assumir uma posição clara de garantir a supremacia da Constituição, evitando que, por omissão ou ação do Estado ou de pessoas, o discurso constitucional caia num vazio retórico sem qualquer expressão social, deixando ao sabor de maiorias ocasionais ou ao capital especulativo mundial as decisões sobre o futuro da Nação²¹.

Daí o porquê de se encontrar conclusões dentre os estudiosos do tema no seguinte sentido:

(...) a atuação do Poder Judiciário diante da inobservância de um direito fundamental de prestação, seja por intermédio das ações individuais ou por meio de ações coletivas, não tem o objetivo de interferir nas políticas adotadas pelo Poder Legislativo ou Executivo, mas, sim, visa dar efetividade aos preceitos erigidos a direitos fundamentais, previstos na própria Constituição Federal Brasileira²².

Cabe ressaltar julgado do Supremo Tribunal que discorre sobre o tema em apreço:

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte se qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde, em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante²³.

Pelo exposto, conclui-se que cabe ao Poder Judiciário fomentar a proteção dos direitos fundamentais, seja quando já foram violados, seja quando ameaçados, controlando atos dos Poderes Executivo ou Legislativo, posto que tais direitos foram definidos pela vontade popular, por meio do Poder Constituinte, e a eles deve ser dada eficácia.

Da forma como se desenvolve atualmente, a política pública brasileira ligada à assistência farmacêutica desrespeita o princípio democrático, na medida em que, na prática, por limitações técnicas e financeiras, não se tem acesso igualitário aos meios cabíveis para que a política pública estatal corresponda efetivamente às

²¹ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Uma Constituição no espaço. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, ano 9, p. 245-251, set./out. 2001. p. 250.

²² SPALDING, Alessandra Mendes. Análise crítica do cabimento da intervenção judicial diante da omissão do dever de prestação fática pelo Estado. *Cadernos da Escola de Direitos e Relações Internacionais da Unibrasil*, n. 4, p. 75-88, jan./dez. 2004. p. 87.

²³ STF – RE 267612 – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 23.08.2000.

necessidades sociais e dê efetividade aos direitos fundamentais determinada pelo Poder Constituinte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se ao longo da presente exposição que a problemática existente quando o assunto é assistência farmacêutica no Brasil deve ser criteriosamente analisada porque se trata de problema de saúde pública.

Tal foi o motivo pelo qual se escolheu neste estudo apresentar o diagnóstico da problemática posta, identificando a natureza jurídica do direito ao acesso a medicamentos como um direito fundamental.

A partir da noção de sua fundamentalidade, foram expostos os conteúdos relativos às teorias que procuram explicar o constitucionalismo e a democracia, a fim de verificar se há justificativa teórica para que o Poder Judiciário possa deferir pedidos para que haja o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado.

Chegou-se à conclusão de que há fundamento teórico para que o Judiciário possa intervir, já que as causas do crescente número de demandas decorrem da incompetência do Estado em administrar as políticas públicas de saúde, deixando os cidadãos desassistidos.

Assim, não há como refutar pedidos de acesso a fármacos com base na “reserva do possível”, no direito à saúde de todos em detrimento da saúde de um indivíduo, na limitação das listas do SUS e na impossibilidade de o Judiciário intervir, tendo em vista a separação de poderes e a impossibilidade de interferência em questões políticas.

Não acolhê-los representaria penalizar de forma totalitária e, portanto, injusta os pacientes que, além de sofrer com sua doença, têm de suportar a profunda dor de não receber os medicamentos de que precisam, além de passar pelo constrangimento de expor dados de sua vida a estranhos num processo judicial.

Posicionamento contrário a esse legitima a condenação dos doentes à pena de morte, pena essa cumprida em vida, expondo-os à tortura e ao tratamento desumano e degradante, o que é vedado pelo texto constitucional, posto que as demandas judiciais sobre o tema representam a diferença entre a vida e a morte desses pacientes.

Assim, espera-se que na audiência pública convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal possam ser debatidas as questões expostas, sob o ponto de vista ora defendido, a fim de que os ministros que dele fazem parte não condenem à morte milhares de brasileiros.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, v. 9, n. 46, p. 31-62, nov./dez. 2007.

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. *Revista de Direito Social*, p. 119-127, jan./mar. 2007.
- COLLUCI, C. Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 jan. 2009. Folha Saúde, Caderno 7, p. 13, 9 jan. 2009.
- FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Uma Constituição no espaço. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, ano 9, p. 245-251, set./out. 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SADEK, Maria Teresa Aina. Ativismo Judiciário a pleno vapor. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, n. 41.956, 31/08/2008, Aliás, p. J4, 31 ago. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Coord.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 291-318.
- SPALDING, Alessandra Mendes. Análise crítica do cabimento da intervenção judicial diante da omissão do dever de prestação fática pelo Estado. *Cadernos da Escola de Direitos e Relações Internacionais da Unibrasil*, n. 4, p. 75-88, jan./dez. 2004.
- STF. *Despacho de convocação de audiência pública, de 5 de março de 2009*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudienciaSaude.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

Data de recebimento: 17/05/2009

Data de aprovação: 24/09/2010

GIUSTIZIA E FUTURO: CONCILIAZIONE E CLASS ACTION*

JUSTIÇA E FUTURO: CONCILIAÇÃO E AÇÕES DE CLASSE

Vincenzo Vigoriti**

RIASSUNTO

Questo articolo presenta alcune modifiche promosse dalla UNCITRAL nelle regole di arbitrato.

Parole chiave: Uncitral; Regole; Arbitrato; Modifiche.

RESUMO

O texto apresenta algumas modificações promovidas pela UNCITRAL nas regras de Arbitragem.

Palavras-chave: Unictal; Regras; Arbitragem; Modificações.

I – Le difficoltà della giustizia civile che risulta arduo superare non sono soltanto quelle pratiche e operative, ma soprattutto sono quelle di carattere concettuale. Veniamo da una giustizia d'élite caratterizzata da un numero limitato di controversie, da costi modesti e da una durata misurabile. Fino ad un recente passato, i diritti tutelati erano di numero e tipo limitato e conosciuti, ed erano protetti con un rito flessibile (preclusioni ridotte), disegnato sul modello dell'uno contro uno. Il giudizio era collegiale addirittura in tutti i gradi, generosamente accessibili al soccombente, che poteva coinvolgere più giudici e sollecitare nuovi accertamenti senza ostacoli seri, e con oneri sopportabili.

* Testo scritto dell'intervento svolto nel corso del I Salone della Giustizia, tenutosi a Rimini il 4 dicembre 2009.

** Professor of Law in the Facoltà di Giurisprudenza, Università di Firenze – Italy. Lawyer at 1977. he is a member of the: Associazione Italiana di Diritto Comparato; Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile; American Law Institute; Fellow American Bar Foundation; Associazione Italiana Arbitrato; Arbitration Chamber of Florence; WIPO Arbitration Center (Switzerland); Board of the American Review of International Arbitration; Comitato scientifico della Rivista dell'Arbitrato; Rivista de Processo (Brasile). Correspondence to: Studio Legale Vigoriti Russo, Via Pellicceria, n.8 – 50123, Firenze – Italia. E mail: vvigoriti@vigoritirusso.it.

Quel modello è stato travolto in modo irreversibile, ma non si sa con cosa sostituirlo. Da anni si registra una vera e propria *law explosion*, nel senso dell'emergere e del riconoscimento di una moltitudine di nuovi diritti (consumatori, minoranze, diritti di genere, ecc.) che hanno portato ad un numero illimitato di controversie, di tipo radicalmente diverso da quello conosciuto. Il costo è rimasto praticamente invariato, ma la durata è diventata incontrollabile, ed è per di più utilizzata come deterrente all'accesso alla giustizia. Il numero degli operatori non può essere aumentato più di tanto, né si possono aumentare le risorse, che concorrono con quelle destinate a soddisfare altre non meno importanti esigenze. Il rito ordinario è diventato un percorso "arcigno", disseminato di preclusioni e non è più neppure il riferimento principale del sistema di tutela, perché si sono dovuti creare nuovi strumenti, con discipline differenziate; si cerca in tutti i modi di scoraggiare l'accesso alle corti superiori, con regole "ostili", come, nel ricorso in Cassazione, il "vecchio" quesito, il filtro sull'ammissibilità, l'imposizione di una rete di principi con funzione deterrente. Tutto utile, ma se si rimane nell'ottica tradizionale, non sembra che si possa riuscire a dare una risposta adeguata.

Occorre cambiare ottica, e cercare qualcosa di radicalmente diverso. Non è facile né in Italia, né in altri ordinamenti, dove più o meno si vivono (si soffrono) esperienze analoghe, ma dove si riscontrano maggiori aperture, e forse anche più idee.

124

Per quanto adesso qui ci occupa, nel futuro della giustizia civile ci sono tre aspetti da valorizzare. Il primo è quello della partecipazione di laici (giuristi e non) alla decisione delle controversie. L'esperienza comparativa mostra che la grandissima maggioranza delle liti viene decisa da soggetti diversi dai giudici professionali; è così nel campo del lavoro, dei servizi pubblici, delle assicurazioni, e in tanti altri settori. Di quella preziosa esperienza occorrerà tener conto anche da noi, favorendo la devoluzione a laici, sostanzialmente agli avvocati, di settori del contenzioso.

È letteralmente impensabile che la grandissima maggioranza dei giuristi, per di più proprio quelli esperti di processi, possa sottrarsi al dovere di collaborare alla definizione delle controversie. Si tratterà di trovare gli strumenti adatti (GOA, GOT, giudici di pace, esperti, sezioni specializzate, ecc.), e insieme di articolare le garanzie del caso, ma non è pensabile che l'onere del contenzioso ricada solo sui giudici professionisti. Quello dell'avvocatura è un dovere – diritto, a cui non è lecito sottrarsi.

II – Il secondo aspetto riguarda la ricerca e la diffusione di strumenti di composizione delle controversie alternativi a quello contenzioso statale. Si tratta di una tendenza, ormai irreversibile in tutti i sistemi, che si avvicina a quella appena menzionata di valorizzazione del ruolo dei laici, in un'ottica però diversa.

Mettendo in disparte l'arbitrato, rileva qui l'istituto della conciliazione (*e/o mediation*), oggetto di un'attenzione impensabile solo pochi anni fa.

L'istituto è annoverato fra quelli che dovrebbero assicurare l'accesso alla giustizia, uno scopo da raggiungere in modo peculiare, e precisamente evitando il ricorso al giudice. La conciliazione insiste sul piano negoziale, nel senso che in caso di buon esito essa si chiude con un accordo fra le parti. La condivisione è il tratto essenziale: nessuna soluzione della controversia può essere imposta dall'esterno, dovendo sempre invece venire concordata. L'istituto prescinde insomma dalla forza del giudice (o dell'arbitro) e si basa sul consenso fra gli interessati, che negandolo devono poter far fallire il tentativo senza conseguenze pregiudizievoli.

Anche qui si cercano motivazioni in qualche modo intese a nobilitare l'alternativa, di cui si magnificano i vantaggi in termini di durata e di costi, vantaggi che effettivamente si avranno solo se la conciliazione riuscirà, avendosi invece un aggravio nel caso contrario. Oppure si predicono effetti virtuosi in punto di deflazione del contenzioso, che è invece un'illusione, perché mai in nessun ordinamento si è mai potuto registrare l'effetto promesso. Nella conciliazione, lo schema concettuale è quello dell'uno contro uno, su un piano di parità, per un solo rapporto. Questa è la prospettiva tradizionale, ma la visione è riduttiva, perché l'istituto opera sul piano degli interessi più che su quello della difesa puntuale e capziosa dei diritti, e offre quindi alle parti l'opportunità di sistemare più rapporti anche, allo stato, non contenziosi e magari di costituirne di nuovi. E proprio questo di fatto accade quando sono coinvolte imprese.

Il regime positivo è nella direttiva europea del 21 maggio 2008, nell'art. 60, l. n. 69/2009, che delega al Governo il compito di disciplinare l'istituto, e infine nel d.lgs. 28 ottobre 2009 dovrebbe attuare le indicazioni europee¹, testo a cui conviene volgersi.

La direttiva parla di un tentativo di conciliazione avente carattere facoltativo, sostanzialmente in qualunque controversia civile o commerciale, e prevede incentivi finalizzati all'esperimento, che viene però lasciato all'autonomia delle parti. Il decreto italiano fa un passo ulteriore. All'art. 2 dispone che chiunque possa accedere alla mediazione per la conciliazione di controversie vertenti su diritti disponibili (comma 1), apertura ribadita con l'esplicita ammissione di negoziazioni volontarie e paritetiche (comma 2), ma poi parla di un tentativo obbligatorio nelle controversie nascenti in un ambito vasto di casi (art. 5). In quei casi (condominio, diritti reali, successioni, ecc.) non basta che una parte prenda l'iniziativa, salvo il diritto del destinatario di rifiutarsi e di procedere quindi senza indugi in sede contenziosa, ma occorre che il tentativo sia effettivamente esperito, non ammettendosi un rifiuto aprioristico. La norma consente al giudice di rilevare, anche

¹ Ved. V. Vigoriti, La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?, in *Riv. Arb.*, 2009, p. 1 ss.

d'ufficio, l'omissione e quindi di costringere le parti ad esperire effettivamente il tentativo di conciliazione prima di proseguire l'iter contenzioso. Insomma, il tentativo è condizione di procedibilità ed è requisito non meramente formale. Il che va condiviso, se si vuole promuovere seriamente l'istituto.

La direttiva europea postula il carattere facilitativo e non valutativo del tentativo, escludendo ogni accertamento sulla fondatezza delle pretese, ed ammettendo quindi soltanto un'attività di elaborazione e convincimento dei paciscenti.

Formalmente anche il decreto italiano sembrerebbe ugualmente orientato. A ben vedere, però, non è così, perché si parla della nomina di mediatori ausiliari, di accertamenti specialistici, della necessità di acquisire competenze tecniche, con terminologia e impostazione non dissimile dalla CTU e relative consulenze di parte (art. 8, comma 4). Si parla di atti e documenti (art. 3, comma 3; art. 17, comma 2) informali e gratificati da un regime fiscale di favore, lasciando però intendere l'ammissibilità di compare, produzioni documentali, e quant'altro si usa nell'avversata sede giudiziaria, tutte incombenze da cui l'istituto verrà inevitabilmente soffocato. Addirittura si parla di formalizzazione delle proposte non accolte col diritto del conciliatore, magari corrucciato dal rifiuto, di versarle nel processo con pesanti conseguenze, senza che gli interessati abbiano neppure avuto la possibilità di spiegare al giudice le proprie ragioni (art. 13).

126

Tutto questo non ha nulla a che fare con la conciliazione, che non è processo e non è accertamento dei diritti, non vuole verifiche fattuali e non deve chiudersi con proposte di carattere sostanzialmente decisivo. L'istituto si fonda sulla semplicità di forme e la rapidità di trattazione col massimo rispetto del valore essenziale: quello della riservatezza, con esclusione di ogni conseguenza negativa riconducibile al mancato accordo. Queste sono condizioni imprescindibili, se davvero si vuole il successo dell'istituto, che non è un "simil processo" condotto da un "simil giudice", che magari neppure è un giurista, che pretenda di decidere sulla base di qualche documento e memorietta d'occasione, bensì un esperimento finalizzato ad un accordo negoziale, che può essere raggiunto solo se si opera con discrezione e prudenza. È così ovunque, tanto che non c'è regolamento di conciliazione internazionale che non assicuri ai paciscenti la più totale riservatezza, vietando verbali da trasmettere al giudice, testimonianze, e simili.

Ultimo rilievo. Uno dei problemi centrali della materia è quello dell'assistenza tecnica. La direttiva non la pretende, ma neppure la vieta, rimettendosi all'autonomia delle parti, senza però mostrare alcuna ostilità.

Il decreto italiano in apparenza è sulla stessa linea, ma comunica una certa avversione nei confronti dei professionisti. Lo fa allorché dispone che sin dal primo contatto col cliente l'avvocato debba comunicare, per scritto e a pena di nullità di qualunque intesa, che esiste la possibilità di conciliare la controversia, anche senza il suo ministero (magari e preferibilmente senza il suo ministero!) (art. 4,

comma 3)². La disposizione è inutile, visto che il giudice ha il potere di rilevare anche d'ufficio il mancato esperimento del tentativo obbligatorio, ma l'assunto di fondo è che gli avvocati sempre si adoperano per fomentare il contenzioso, che in buona misura non sorgerebbe se si lasciassero le parti libere di confrontarsi fra loro, o di rivolgersi al "buon" conciliatore.

Il problema è molto più complesso e non suscettibile di una soluzione sicura e perentoria, che vieti o imponga sempre la presenza di un legale accanto alla parte. Dipenderà ovviamente dalla natura e dall'importanza della controversia, dovendosi anche tener conto del pericolo che chi si avventura da solo in simili procedimenti rischia di fare errori, di cedere alle pressioni di conciliatori aggressivi, di trovarsi in situazione sperequata di fronte ai c.d. "utenti abituali" del servizio (ad esempio, banche o compagnie di assicurazioni), soggetti che dell'assistenza legale si avvalgono, o sono perfettamente in grado di non valersi. Forse una soluzione accettabile potrebbe essere quella di affidare al conciliatore il compito di avvisare la parte che la difesa personale è insufficiente, e che essa va integrata con l'assistenza legale, più o meno come fanno i *magistrates* inglesi nei procedimenti in cui le parti pensano di potersi difendere da sole.

III – Il terzo profilo concerne la tutela in forma collettiva del diritto di risarcimento dei danni causati a più soggetti da un fatto pluri-offensivo. È il tema della *class action*, istituto di matrice statunitense conosciuto in quel sistema dal 1938, e disciplinato in America dalla *rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, e la cui introduzione pare imminente anche in Italia.

L'istituto ha una forte valenza innovativa e, diversamente dalla conciliazione, non mira ad evitare il processo, bensì aspira a forzarne i confini e valorizzarne le potenzialità di strumento di tutela. L'ottica non è quella tradizionale del contrasto fra singoli, bensì quella radicalmente diversa dei molti, occasionalmente uniti dalla comunanza di interessi, contro un'impresa, soggetto per definizione collettivo. Tutti gli istituti processuali vengono sottoposti a tensione fortissima, e tutti necessitano di essere ripensati ed adattati alla nuova esigenza.

Il modello di riferimento è la *class action* americana, a cui però si guarda con invincibile diffidenza. In Europa i commenti si diffondono più sulla patologia che sulla fisiologia di questo tipo di azione, regolarmente drammatizzando i pericoli di ricatto che le aziende corrono, l'insopportabile onere risarcitorio, l'innammissibilità della condanna ai c.d. *punitive damages*, il ruolo preponderante dei grandi Studi legali nell'assumere iniziative di classe e nello stipulare transazioni vantaggiose, soprattutto per quegli Studi.

² Cfr. A. Berlinguer, Solo un maggiore coinvolgimento degli avvocati assicura appetibilità alla conciliazione giudiziale, in *Guida al diritto*, 2009, n. 46, p. 10.

Ma, a dispetto di tutto, l'attrazione è fatale e l'esperienza americana risulta il riferimento normale anche per l'Europa. Del resto, al di là delle critiche, non si può dimenticare che quel modello è stato esportato in molti altri paesi (Australia, Canada, Nuova Zelanda, ecc.) e che l'istituto gode di giusta e meritata fortuna nell'ordinamento di origine, dove ogni anno si registrano circa 5000 nuove azioni di classe. Il che non significa assenza di problemi, ma implica consenso ed apprezzamento.

Anche qui l'atteggiamento europeo è di favore, con nettissime prese di posizione a sostegno del c.d. *collective redress* dei danni provocati da fatti lesivi dei diritti di molti. Ci sono limiti istituzionali che l'Unione deve rispettare, per cui gli interventi riguardano tendenzialmente le controversie transfrontaliere, e sono limitati ai diritti dei consumatori (che peraltro è nozione assai lata), ma la presa di posizione è di solare chiarezza. Gli Stati membri devono attrezzarsi e fornire una risposta alla domanda di tutela in forma collettiva del diritto al risarcimento dei danni³.

L'atteggiamento italiano è noto. Dopo un numero rilevante di tentativi, scanditi dalla presentazione di progetti di legge, dall'approvazione di una prima forma di azione collettiva, subito fermata da un provvedimento di sospensione e da uno di abrogazione, adesso sta per entrare in vigore una nuova versione dell'art. 140 bis cod. cons. rubricata come "azione di classe". Nel complesso, la tutela ivi prevista risulta assai difficile da conseguire, ed è agevole immaginare che anche in futuro i responsabili dei fatti plurioffensivi non abbiano da temere molto di più di quanto adesso paventino. Le reazioni dei gruppi offesi, magari veementi all'inizio, si spegneranno lentamente fiaccate dalle molte asperità di un iter processuale complicato e punitivo.

Due rilievi soltanto. Il primo concerne una scelta fondamentale in materia, quella fra il c.d. *opt in* oppure *opt out*. Nell'azione di classe dell'art. 140 bis, l'attore in realtà non deduce affatto l'interesse di tutti i titolari dei diritti omogenei, ma solo il suo proprio. Potranno aggiungersi i diritti di quanti decidono di aderire all'iniziativa (comma 2 e 14), ma nessun'altro è vincolato pur se componente della classe e titolare di un diritto omogeneo a quelli dedotti. In sostanza, la norma adotta il sistema dell' *opt in* (vincolo solo per chi ha agito o aderito), e rifiuta il c.d. *opt out* (vincolo per tutti, salvo dissociazioni) accolto non a caso dalla *class action* risarcitoria. In tal modo non si avrà mai alcuna azione di classe, ma solo un insieme di azioni individuali, di gestione più o meno semplice sul piano del rito, ma non un'azione collettiva nella quale viene tutelato l'interesse di un gruppo unitariamente considerato.

³ Ved. V. Vigoriti, L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane, in *Contratto Impresa/Europa*, 2009, 10 ivi ampi riferimenti anche all'esperienza americana sulla *class action*.

Si sostiene però che *l'opt in* avrebbe il presidio delle norme costituzionali che assicurano il diritto di agire in giudizio per la tutela dei diritti individuali, non espropriabili da enti collettivi, neppure con l'intenzione di farli valere insieme a quelli di altri. Se il singolo non aderisce, egli rimarrà terzo rispetto all'azione collettiva e indifferente al suo esito.

In questo modo, una garanzia nata per proteggere e difendere si trasforma in un qualcosa di radicalmente diverso, pregiudizievole per coloro che dovrebbero trarne vantaggio. Invece, come già negli Stati Uniti, quando si pose il problema della compatibilità della *class action* con il *due process*, la risposta deve essere che l'adeguatezza del processo collettivo fa ritenere soddisfatto il requisito costituzionale. Qui l'individuale si fonde nel collettivo, e la tutela di questo secondo vale come tutela del primo, dovendosi evitare che, con il pretesto di lasciare ai singoli l'astratta possibilità di far valere i diritti individuali, si finisca con ottenere il risultato opposto (incostituzionale), quello che tali diritti non siano mai attivati.

Il secondo concerne un aspetto non tecnico processuale, ma economico. Le *class actions* hanno sempre costi elevati, e non è mai facile accertare la responsabilità dell'agente e i danni causati. Si pensi alle conseguenze di farmaci dannosi, agli accertamenti relativi ad operazioni di borsa, alle gestioni di titoli finanziari, e si avvertirà subito come il problema delle risorse rivesta carattere assolutamente centrale. Negli Stati Uniti, gli oneri necessari ad effettuare questi accertamenti sono sostenuti dai grandi Studi legali che hanno di fatto struttura imprenditoriale. Si spiega così la grandezza dei compensi liquidati agli avvocati delle *class actions*, compensi che ristorano spese ingentissime. Per gli Studi legali europei, o comunque italiani, queste non sono strade percorribili per cui si teme che le uniche azioni di classe veramente esperibili saranno le più semplici, quelle in cui l'accertamento del fatto non avrà bisogno di verifiche tecniche complesse o comunque costose.

129

REFERÊNCIAS

VIGORITI, Vincenzo. La decisione arbitrale come precedente. *Rivista dell'Arbitrato*, 1/1996. Milano: Giuffrè, p. 33-41, 1996.

Data de recebimento: 11/10/2010

Data de aprovação: 15/10/2010

IL FATTO E L'INTERPRETAZIONE

O FATO E A INTERPRETAÇÃO

Michele Taruffo*

RIASSUNTO

Il testo presenta una analisi critica di varie teorie di sull'interpretazione del diritto e fatti nelle decisioni giudiziarie. Ritiene che i casi difficili, in gran parte, rappresentano una difficoltà di analizzare i fatti e non solo del diritto. Critica la visione di applicazione sillogistica del diritto e difende la percezione delle narrazioni di fatto come vere e non solo come descrizioni narrative persuasiva. Infine, si sostiene la necessità di una motivazione completa e coerente, strutturato attraverso lo sviluppo di buone ragioni, essere in grado di giustificare la saggezza dei fatti sulla base di prove.

Parole chiave: Interpretazione; Sillogismo; Fatti; Regole; Prove.

RESUMO

O texto apresenta uma análise crítica sobre inúmeras teorias de interpretação do direito e dos fatos nas decisões judiciais. Considera que os *hard cases*, em grande parte, representam um dificuldade de análise dos fatos e não somente do direito. Critica a perspectiva silogística de aplicação do direito e defende a percepção das narrativas fáticas como verdadeiras e não somente como descrições narrativamente persuasivas. Finalmente, defende a necessidade de motivações completas e coerentes, estruturadas através do desenvolvimento de boas razões, capazes de justificar seja o accertamento dos fatos com base nas provas.

Palavras-chave: Interpretação; Silogismo; Fatos; Normas; Provas.

* Professor of Law in the School of Law of the Università di Pavia – Italy. Secretary General of the International Association of Procedural Law; he is a member of the same Association, of the Accademia Nazionale dei Lincei, the American Law Institute, the Bielefelder Kreis, the Instituto Brasileiro de Direito Processual, the Academia Brasileira de Direito Constitucional, the Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Francaise, the Associazione Italiana di Diritto Comparato, the Associazione Italiana tra gli Studiosi del Diritto Processuale, and other associations in the domains of procedural law, comparative law, jurisprudence and legal theory. *Correspondence to:* Istituto di diritto privato e processuale, Strada Nuova 65, 27100, PAVIA – Italia. Email: tarcode@tin.it.

ALCUNE PREMESSE

Un tema così difficile ed impegnativo richiederebbe un'analisi ben più ampia ed approfondita di quella che è possibile svolgere in questa sede. Tenterò dunque di toccare sinteticamente alcuni aspetti rilevanti del tema, articolando il discorso in alcune premesse, due problemi e un tentativo di conclusione. Mi scuso sin d'ora per il fatto che dovrò dire alcune cose senza avere la possibilità di giustificarle in modo adeguato.

Una prima premessa riguarda la teoria del sillogismo giudiziale, che tuttora viene evocata quando si parla di interpretazione della legge da parte del giudice nell'ambito della decisione. Essa è stata certamente una "pia illusione" (come hanno sottolineato Fiandaca e Musco), ma è stata anche qualcosa di più e di diverso: è stata una descrizione in ogni tempo e in ogni ordinamento inattendibile sia della formulazione della decisione giudiziaria, sia della sua giustificazione nella motivazione della sentenza. I giudici non hanno mai ragionato per sillogismi – e tanto meno per catene di sillogismi- e nessuna motivazione è davvero ridicibile ad un sillogismo o ad una catena di sillogismi. Allora, però, bisognerebbe spiegare come mai una descrizione così priva di rispondenza con la realtà sia stata così popolare per lungo tempo, dall'Illuminismo sino ai nostri giorni, e sia stata seguita ed elaborata da processualisti di grande rilievo come Friedrich Stein, Rocco, Carnelutti e Calamandrei. È difficile pensare che essi non si rendessero conto della sostanziale inattendibilità descrittiva di questa teoria. Si può ipotizzare, invece, che mentre presentavano in termini descrittivi il ragionamento del giudice come strutturato in uno o più sillogismi, essi stessero in realtà *prescrivendo* ciò che il giudice avrebbe dovuto fare per formulare correttamente la decisione o per giustificarla in modo adeguato. In sostanza, si è trattato e si tratta, per chi ancora vi fa riferimento, di una *ideologia*, di una immagine di *buon giudice* proposta come modello di riferimento per i giudici reali. Il buon giudice, secondo questa teoria, è una "macchina per sillogismi" priva di discrezionalità e quindi priva di creatività, oltre che non arbitraria: è, in sostanza, la bocca che pronuncia la parola inanimata della legge di cui aveva parlato Montesquieu, e da questa parola inanimata – che è della legge, non del giudice- deriva le conseguenze che determinano la decisione nei casi concreti.

Una seconda premessa riguarda l'interpretazione delle norme. In proposito esiste quello che può ormai considerarsi un luogo comune, secondo il quale il significato delle disposizioni normative è opera dell'interprete, ed è l'interprete che sceglie di volta in volta il significato che attribuisce al testo. In proposito, ed in termini così generali, esiste una significativa convergenza di orientamenti dottrinali sotto altri aspetti diversi, da Kelsen a Tarello, da Viola e Zaccaria ad Umberto Eco. Il punto fondamentale comune di questi orientamenti, che qui vale la pena di sottolineare, consiste nel concepire l'attività dell'interprete come scelta

del significato da attribuire al testo. Questa scelta, diceva già Kelsen, avviene nell'ambito delle interpretazioni valide della norma di cui il giudice (più in generale: l'interprete) si occupa; in termini più generali ma analoghi, Eco svolge una difesa del senso letterale del testo, ma configura l'interpretazione come una scelta che l'interprete compie nell'ambito dei significati accettabili di esso.

In questa prospettiva la tesi dworkiniana della *one right answer* appare chiaramente come un'astrazione priva di rispondenza con quanto avviene nell'interpretazione del diritto, in particolare quando è il giudice a porla in essere: il giudice erculeo non esiste, e non esiste nessuna norma per la quale si possa configurare una sola interpretazione corretta. Dall'altro lato, si può osservare che l'ermeneutica ha dato contributi decisivi ad una concezione dinamica della interpretazione come determinazione del significato delle norme. Per quanto qui interessa, peraltro, si può fare riferimento all'ermeneutica come *metodo*, mentre avrei gravi perplessità rispetto all'ontologia gadameriana, e preferirei evitare di fare i conti con lo spettro di Heidegger. Anche la "scacchiera infinita" o il "differimento infinito" di Derrida mi sembrano metafore che alludono ad un gioco intellettuale fine a se stesso, ma che non hanno nessun fondamento e nessuna utilità sotto il profilo del metodo di cui un interprete concreto deve servirsi per individuare davvero i significati normativi applicabili per la soluzione di controversie reali.

La terza premessa muove dalla distinzione che occorre fare tra interpretazione ed applicazione della norma: il fatto emerge con particolare evidenza quando si parla della decisione giudiziaria, e quindi è opportuno concentrare l'attenzione sulla interpretazione *decisoria*, come la chiama Guastini, o *operativa*, come la chiama Ferrajoli. E' di fronte al giudice, invero, che il fatto svolge una funzione decisiva quanto all'attribuzione alla norma del significato applicabile nel caso concreto, e quindi determina la scelta interpretativa di cui ho fatto cenno poc'anzi. Mentre l'interprete può limitarsi a stabilire quali sono i significati validi ed accettabili di una disposizione normativa, l'operatore pratico, ed in particolare il giudice, deve andare oltre e stabilire quale tra questi significati è riferibile ai fatti del caso concreto. In questo senso si può dire che il fatto ha un ruolo centrale e determinante nell'ambito della interpretazione della norma: le norme si applicano a fatti e i giudici decidono sulla base dei fatti ai quali debbono applicare le norme. Come – tra i tanti – ha detto Engisch, è il caso concreto a determinare il significato della norma.

Questa constatazione può apparire banale, ma è per qualche aspetto rilevante. Per un verso, spesso gli *hard cases* sono *hard* nei fatti ma sono *easy* per quanto attiene alle norme che vengono applicate, sicché il vero problema della decisione è quello dell'accertamento del fatto più che quello dell'interpretazione della norma riferibile al caso. Per altro verso, il rapporto tra il fatto e la norma può essere assai complesso e problematico, come ha chiarito la metafora dell'occhio che va più volte dal fatto alla norma e dalla norma al fatto, usata dall'Engisch dei *Logische*

Studien. Ciò che qui interessa sottolineare è che il rapporto dialettico tra norma e fatto comincia dal fatto, non dalla norma: per così dire, nella dinamica della decisione giudiziaria *il fatto viene prima della norma*, è il punto di partenza del ragionamento decisorio. Adottando una prospettiva ermeneutica si potrebbe dire che il fatto costituisce il primo e fondamentale elemento della *precomprensione* da cui muove l'interpretazione: essa è finalizzata ad individuare un significato applicabile al fatto (o meglio: a stabilire quale tra i possibili significati si riferisce meglio al fatto), ed è quindi ovvio che sia il fatto il criterio-guida dell'intera operazione interpretativa. Se si pensa all'interpretazione secondo le metafore del "circolo ermeneutico" o della "spirale ermeneutica" di cui parlano vari autori, da Hassemer a Fiandaca, bisogna tuttavia mettere in evidenza che nell'ambito della decisione giudiziaria il circolo o la spirale non partono dal nulla e non si autogenerano: il problema interpretativo nasce dal fatto su cui verte la decisione, e il fatto determina l'inizio e la direzione in cui si muoveranno il circolo e la spirale ermeneutica.

In proposito si può osservare che queste metafore sono molto suggestive in quanto mettono in luce la dinamica, il movimento che caratterizza l'attività interpretativa, e quindi segnano la crisi definitiva dei modelli di tipo sillogistico. Tuttavia esse presentano un limite non trascurabile, determinato dalla circostanza che focalizzano l'attenzione sull'interpretazione della norma e sulla complessità del ragionamento interpretativo, ma per certi versi lasciano in ombra – pur non negandolo – il ruolo del fatto, e con ogni probabilità non chiariscono alcuni aspetti rilevanti del ragionamento del giudice. Si può allora far riferimento ad un diverso modello di tale ragionamento, che chiamerei del *trial and error*, oppure della *abduzione e verifica*. Questo modello ha come aspetto essenziale il controllo di ipotesi, e può articolarsi in una catena più o meno lunga di passaggi: una ipotesi relativa al fatto si controlla mediante un'ipotesi sul significato della norma che a quel fatto viene riferita; a sua volta, l'ipotesi sul significato della norma si verifica in base all'ipotesi sul fatto. Queste ipotesi si modificano di volta in volta in base alla verifica, e il procedimento continua scartando tutte le ipotesi che ogni volta non vengono confermate, fino a che si giunge ad una ipotesi di fatto che corrisponde alla protasi della norma interpretata in una determinata ipotesi. Si tratta del momento in cui il fatto si può *sussumere* nella norma, che risulta interpretata in base al fatto e quindi può essere applicata ad esso. Per quanto riguarda la formulazione delle ipotesi interpretative della norma, sempre determinate di volta in volta da ipotesi sul fatto, si può parlare – seguendo anche qui Umberto Eco – sia di *abduzione ipocodificata*, che porta alla scelta di una regola preesistente nel sistema, sia di *abduzione creativa*, che consiste nella invenzione di una regola nuova. In altri termini, può accadere che il giudice scelga uno dei significati della norma già consolidati (in dottrina o in giurisprudenza, o in entrambe), ma può anche accadere che il giudice individui un significato "nuovo" della norma se – entro i limiti dei significati accettabili – questo significato consente di applicare quella norma a quel fatto.

IL “FATTO”

Nelle considerazioni che precedono ho assunto per semplicità una nozione generica di “fatto”, ma è ora necessario esaminare alcuni problemi che sorgono appena si abbandoni un livello così generico di discorso e si tenti di intendere come si presenta il “fatto” nel contesto del processo, e sotto il profilo del rilievo che esso riveste nell'interpretazione della norma ai fini della decisione conclusiva.

In proposito vale la considerazione apparentemente banale, ma ricca di implicazioni problematiche, che il fatto non entra nel processo (salve eccezioni molto particolari) nella sua materialità empirica, per l'ovvia ragione che esso si è verificato prima e al di fuori del processo, e non è normalmente ripetibile o direttamente percepibile. In altri termini, il fatto entra nel processo sotto forma di enunciati che lo descrivono, o – più spesso – sotto forma di insiemi ordinati di enunciati, ossia di *narrazioni*. Da questo punto di vista il processo può essere interpretato come un insieme di narrazioni che vengono costruite e proposte da soggetti diversi e da diversi punti di vista, ossia dagli avvocati, dai testimoni, dai consulenti tecnici e –infine- dal giudice.

Una caratteristica importante delle *narrazioni giudiziali* è che esse non sono pre-date o precostituite al processo. Al contrario: esse vengono *costruite* dai diversi soggetti che nel processo narrano fatti, e sono dunque il risultato di complesse attività di “composizione” della narrazione, per molti aspetti simili alle attività con cui uno scrittore compone la narrazione di una vicenda in un romanzo. Le modalità principali di questa costruzione delle narrazioni sono state analizzate in modo assai approfondito dal famoso psicologo Jerome Bruner, che insieme al giurista Tony Amsterdam ha svolto una analisi di grande interesse relativa proprio alla costruzione delle narrazioni giudiziali. Sono così emerse le modalità specifiche di questa costruzione, come il riferimento inevitabile alle categorie (come spazio, tempo, causa) che consentono di interpretare la realtà, l'impiego di *scripts* che delineano vicende stereotipiche, e agli strumenti della persuasione retorica. Sotto un profilo diverso ma complementare William Twining ha analizzato come le *stories* che si raccontano nel processo si fondano sullo *stock of knowledge* che costituisce il contenuto del senso comune (o di quella che Eco chiama “enciclopedia media”), e quindi facciano spesso riferimento a proverbi, pregiudizi, miti e tradizioni, ossia a molte pseudo-nozioni prive di un reale contenuto conoscitivo. Inoltre, Frederick Schauer ha mostrato come spesso il ragionamento giuridico, quando riguarda i fatti, faccia riferimento a generalizzazioni o a quasi-generalizzazioni “spurie”, nel senso che si fondano su stereotipi o addirittura su puri e semplici pregiudizi. Accenno soltanto ad un punto che non posso sviluppare ulteriormente ma che è rilevante per il processualista: la nozione di “massima d'esperienza” coincide con molti contenuti dello *stock of knowledge* di cui parla Twining e con molte delle generalizzazioni (incluse quelle spurie) di cui parla

Schauer, con la conseguenza che molte “massime” si rivelano in realtà prive di qualunque validità conoscitiva.

Il ricorso alle nozioni del senso comune e alle massime d’esperienza ha l’ulteriore caratteristica di indirizzare la costruzione delle narrazioni, e in particolare di quelle giudiziali, sui binari di ciò che l’uomo medio dotato di cultura media tende a considerare “normale” o a lui “familiare”, poiché secondo il senso comune ciò che è normale o appare familiare tende ad essere considerato come attendibile, ed anzi come veritiero. Ciò crea il problema che sulla scorta di Nassim Taleb potremmo chiamare del Cigno Nero, ossia della situazione in cui si verifica l’assolutamente improbabile, il difficilmente immaginabile, ma che però accade effettivamente. L’idea del Cigno Nero è evidentemente impopolare perché sfugge agli strumenti conoscitivi offerti dal senso comune, secondo il quale il “cigno normale” è bianco. Questo crea però un problema rilevante, in quanto accade non di rado che il fatto che si tratta di accertare in un processo sia un Cigno Nero, ossia un evento “anormale” ed imprevedibile. In una situazione di questo genere la costruzione di una narrativa giudiziale si rivela particolarmente difficile, poiché si tratta di rendere attendibile ciò che non appare credibile sulla base del senso comune e delle massime d’esperienza che ne descrivono il contenuto.

Tuttavia queste non sono le sole difficoltà che riguardano la determinazione del “fatto” nel contesto del processo. Vale infatti la pena di segnalare almeno altri due problemi.

Il primo problema riguarda la circostanza – di cui si è fatto cenno poc’anzi – che nel processo vengono in gioco varie narrazioni dei fatti della causa. Da un lato, va considerato che esse sono diverse nei contenuti, ossia nelle modalità con cui il fatto viene narrato, poiché esse provengono da soggetti “narranti” diversi, ognuno dei quali presenta la propria versione del fatto. Vale la pena di tener presente quello che dicono autori così diversi come Susan Haack e Jorge Luis Borges, ossia che dello stesso fatto possono darsi infinite versioni vere e quindi – si può aggiungere – anche infinite versioni false, sicché in concreto non vi è da stupirsi se soggetti diversi, che nel processo svolgono ruoli profondamente diversi, narrano diversamente la stessa vicenda di fatto. Così, ad esempio, in un processo civile la narrazione allegata dall’attore è diversa dalla narrazione del convenuto (poiché altrimenti non vi sarebbe controversia) e la narrazione finale del giudice può essere diversa da entrambe, dato che il giudice non è vincolato a scegliere una delle due versioni fornite dalle parti.

Dall’altro lato, le varie narrazioni sono diverse anche sotto il profilo di quello che si potrebbe definire come il loro *status* epistemico. Le narrazioni allegate dalle parti hanno una “pretesa di verità”, poiché nessun avvocato sano di mente allegherebbe un fatto dicendo contestualmente che è falso, ma non sono “vere” nel senso proprio del termine. A parte il fatto che l’avvocato (almeno in Italia, ma

lo stesso accade in molti ordinamenti) non ha un effettivo dovere di verità, va considerato che le narrazioni allegate dagli avvocati delle parti non sono altro che *ipotesi* formulate sui fatti della causa. Esse possono essere vere (almeno una di esse) o possono essere false (possibilmente anche entrambe), e la loro verità o falsità verrà stabilita dal giudice solo alla fine del processo, ma finché ciò non accade esse rimangono al livello di ipotesi. La narrazione fatta da un testimone ha pure una “pretesa di verità”, perché anch'essa potrebbe essere falsa, ma si tratta di una pretesa in certo senso rafforzata rispetto alle narrazioni allegate dalle parti, se non altro perché il testimone ha l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità. Infine, la narrazione dei fatti che il giudice svolge nella sentenza non ha una semplice pretesa – più o meno forte- di verità, ma è “veritiera” nel senso che il giudice afferma di aver accertato quei fatti in quel modo sulla base delle prove che – per così dire – verificano l'ipotesi, in quanto giustificano la scelta di “quella” narrazione, a preferenza delle altre narrazioni possibili, come tendenzialmente meglio approssimata alla realtà dei fatti di cui si tratta. Naturalmente il giudice decide sui fatti in base allo *standard* di prova che vige nel singolo processo, sicché nel processo penale il “fatto” è vero se risulta provato “al di là di ogni ragionevole dubbio” (qualunque cosa significhi questa formula), mentre nel processo civile il “fatto” è vero se la narrazione di esso è “più probabile che no” (qualunque cosa significhi questa formula), ma rimane il fatto che la narrazione del giudice è “vera” in quanto provata.

Il secondo problema attiene, per così dire, alla qualità delle narrazioni giudiziali. Nella prospettiva del narrativismo “radicale” (rappresentato ad esempio da Jerome Bruner e da Bernard Jackson) l'analisi riguarda i requisiti che una narrazione deve presentare per essere “buona”, ossia per risultare persuasiva agli occhi dei destinatari. Più precisamente, essi fanno riferimento *esclusivamente* alla bontà della *story* che viene raccontata. Ciò non costituirebbe un problema di particolare rilevanza se non fosse che la prospettiva del narrativismo radicale muove dalla premessa che esistano *soltanto* narrazioni, ed esclude che si possa porre sensatamente la questione della eventuale corrispondenza delle narrazioni alla realtà dei fatti che vengono narrati. Questo implica peraltro l'adozione di una premessa ontologica molto impegnativa, che ricorda il sin troppo citato aforisma di Nietzsche per cui “non esistono fatti, solo interpretazioni”. Il narrativista dice, in sostanza, che “non esistono fatti, solo narrazioni”.

Se si adotta questa premessa in termini generali, e la si applica anche al contesto del processo, ne risulta che esso diventa interpretabile *esclusivamente* come un gioco dialettico che si svolge attraverso le narrazioni svolte dai vari protagonisti del gioco processuale, il quale termina con la scelta, da parte del giudice, della narrazione “più buona”, ossia della narrazione che risulta retoricamente più efficace in quanto appare più persuasiva secondo i canoni della normalità, della familiarità e della coerenza narrativa, che attribuiscono maggiore credibilità ad una narrazione piuttosto che ad un'altra. Tuttavia una prospettiva di questo genere appare particolarmente poco convincente, per varie ragioni.

Da un lato, rimarrebbe da spiegare a che cosa servano le prove in un processo concepito esclusivamente come un gioco di narrazioni. Una spiegazione possibile sarebbe nel senso di configurare i mezzi di prova come strumenti di persuasione retorica piuttosto che come tecniche per la raccolta di informazioni sui fatti della causa. Nella letteratura sulle prove non mancano opinioni di questo genere, ma non appare condivisibile la prospettiva secondo la quale le prove non servirebbero alla ricerca e alla dimostrazione della verità dei fatti, ma soltanto a creare nella mente del giudice una persuasione, una credenza rispetto ad essi. Nella migliore delle ipotesi si potrà riconoscere che in questo modo si descrive la finalità con cui gli avvocati si servono delle prove, ossia come strumenti finalizzati a provocare una decisione favorevole ai rispettivi clienti. Invece, per quanto riguarda specificamente la decisione del giudice sui fatti della causa, è difficile ammettere che si tratti solo del frutto di una persuasione retorica, e non abbia nulla a che vedere con la funzione epistemica delle prove.

Dall'altro lato, una prospettiva rigorosamente narrativistica implica di ritenere che la decisione giudiziaria non abbia nulla a che vedere con l'accertamento della verità dei fatti e che il processo debba soltanto premiare – come se si trattasse di un concorso letterario – la storia narrativamente migliore. Vi sono varie ragioni per non condividere una prospettiva di questo genere: la ragione principale – alla quale qui posso solamente accennare – è che la giustizia della decisione dipende dal verificarsi di varie condizioni, una delle quali è che i fatti vengano accertati in modo veritiero, poiché nessuna decisione è giusta se la norma si applica ai fatti sbagliati.

D'altronde, per chi adotta – come si fa in queste pagine – una prospettiva filosofica di tipo *realista* (sia pure con tutte le cautele critiche del caso) ha senso affermare che non esistono solo narrazioni buone o cattive sotto il profilo della loro qualità – appunto – narrativa, ma esistono anche narrazioni vere e narrazioni false. Il realista ammette che questa distinzione abbia senso in generale, e quindi abbia senso anche a proposito delle narrazioni giudiziali, e tende a ravvisare il criterio discrezionale che permette di separare le narrazioni vere dalle narrazioni false nella corrispondenza delle narrazioni alla realtà dei fatti che descrivono.

Mentre al di fuori del processo può accadere che interessi la bontà delle narrazioni ma non interessi la loro veridicità, come accade ad esempio nella lettura di un romanzo, nel processo accade il contrario: la decisione deve fondarsi su una narrazione vera, se in essa si deve applicare validamente la norma che regola il caso ai fatti della causa. Per così dire, nel processo interessano le narrazioni buone soltanto se sono vere; le narrazioni buone ma false non servono, ed anzi vanno evitate. Anche una cattiva narrazione, che può verificarsi quando non tutti i fatti risultano provati, è accettabile, purchè i fatti che la compongono si siano davvero verificati nella realtà. Non si può fingere, cioè, che un fatto non

provato sia vero solo perché ciò gioverebbe alla coerenza, e quindi alla persuasività, della narrazione.

Se si tien conto di quanto si è ora osservato, si può riconfigurare il circolo o la spirale ermeneutica come un complesso gioco dialettico tra narrazioni fattuali e interpretazioni della norma che si assume come regola del caso. Peraltro, le narrazioni dei fatti costituiscono ipotesi che possono variare nel corso del processo – ad esempio man mano che si acquisiscono informazioni attraverso i mezzi di prova – ma che sono sottoposte ad uno specifico procedimento di *trial and error*: ogni narrazione si può infatti considerare come una ipotesi sottoposta a conferma probatoria, sicché una narrazione ipotetica viene scartata se è falsificata (in quanto non viene confermata o viene confermata l'ipotesi contraria) e viene invece presa in considerazione se è confermata dalle prove.

Dunque le ipotesi narrative sui fatti della causa entrano in un duplice gioco dialettico: da un lato il fatto entra in correlazione dialettica con la norma, e nello stesso tempo le ipotesi sul fatto sono sottoposte a controllo sulla base delle informazioni acquisite attraverso le prove. Il gioco termina, con la decisione finale, quando una ipotesi fattuale veritiera (buona o cattiva che sia sotto il profilo narrativo) può essere ricondotta (“sussunta”) entro una valida interpretazione della norma che si applica al caso.

QUALE “FATTO”?

203

Come ho già accennato, un problema rilevante che riguarda la definizione del “fatto” nel contesto del processo è che del medesimo evento si può dare una indefinita varietà di descrizioni, vere e false. Quindi non solo il fatto consiste in realtà di narrazioni che lo riguardano e che vengono costruite *ad hoc* da vari soggetti, ma queste narrazioni sono in realtà il frutto di selezioni che questi soggetti compiono nell'ambito della infinita varietà e indefinibilità del reale. In altri termini: ogni volta che un soggetto costruisce la narrazione di un evento o di una vicenda non può narrare *tutto* l'evento o *tutta* la vicenda, ma deve scegliere ciò che ritiene “meritevole” di essere narrato. L'infinita varietà di biografie vere dello stesso uomo, di cui parla Borges, deriva dal fatto che vi sono infiniti modi di selezionare – nelle infinite circostanze della vita di un uomo – quelle che di volta in volta si decide di narrare.

Lo stesso problema si pone nell'ambito del processo. Non solo in esso emergono solo alcune narrazioni costruite da alcuni soggetti, ma ognuna di queste narrazioni è il frutto di una selezione che il suo autore compie individuando le circostanze che debbono essere narrate e lasciando fuori dalla narrazione infinite circostanze che non vengono prese in considerazione. Allora il nucleo centrale del problema riguarda l'individuazione del criterio in funzione del quale si opera la selezione.

Si dice comunemente che nel processo questo criterio è costituito dalla c.d. "rilevanza giuridica" del fatto: è la norma di cui si ipotizza l'applicazione come regola del caso – in altri termini – che funziona come criterio in base al quale si determinano le circostanze che debbono essere narrate. Questo luogo comune non è del tutto privo di senso, ma non è risolutivo. Da un lato, infatti, nelle narrazioni processuali non entrano solo i fatti che in base alla norma risultano essere *giuridicamente* rilevanti, ma anche fatti che non sono giuridicamente rilevanti ma vengono narrati perché sono *logicamente* rilevanti, in quanto possono essere utili come premesse da cui trarre inferenze intorno alla verità o falsità degli enunciati che riguardano fatti giuridicamente rilevanti (si pensi agli indizi o alle fonti di presunzione semplice). Il riferimento a questi fatti integra e completa la narrazione relativa ad un fatto giuridicamente rilevante, ma la loro selezione non avviene con riferimento alla norma, bensì con riferimento al fatto giuridicamente rilevante che si è individuato in base alla norma: per dirlo sinteticamente, un indizio è un indizio – ossia un fatto "secondario" logicamente rilevante – se si può ipotizzare che esso costituisca la premessa per una inferenza probatoria che abbia come conclusione un fatto "principale". In caso contrario, non si tratta neppure di un indizio: si tratta di una circostanza che non merita di essere narrata.

204

Dall'altro lato, la norma funziona come criterio per la selezione dei fatti giuridicamente rilevanti soltanto dopo essere stata interpretata, con la conseguenza che diversi significati assegnati alla norma possono determinare l'individuazione di diversi fatti giuridicamente rilevanti in riferimento ad ognuna delle interpretazioni ipotizzabili. Tuttavia, come si è detto in precedenza, la norma viene interpretata sulla base del fatto, ed anzi sulla base della narrazione (o delle narrazioni) del fatto, e nello stesso tempo l'interpretazione (o le interpretazioni) della norma determina (o determinano) la selezione dei fatti che vengono narrati. Si instaura in questo modo un "circolo" forse ermeneutico, ma che ha molte probabilità di essere vizioso.

Una possibile via di uscita da questo circolo consiste nel pensare che la rilevanza del fatto da narrare non derivi primariamente dal riferimento alla norma (interpretata) che si userà come regola del caso, ma derivi soprattutto dall'attribuzione di autonoma importanza a particolari circostanze, che quindi si definiscono come "rilevanti" di per sé, ossia in riferimento a giudizi di valore di carattere sociale, morale, politico o economico. In base a giudizi di questo genere si individuano anzitutto i fatti che "meritano" di essere narrati nell'ambito di un processo: solo in un secondo momento si tratta di stabilire se vi è una norma – o una interpretazione di una norma – che, per così dire, si "adatta" a questi fatti attribuendo ad essi una qualificazione giuridica. Dunque: *prima* si stabilisce che una circostanza è rilevante in base a criteri di valore metagiuridici, e *poi* quella circostanza viene definita come giuridicamente rilevante in base a qualche interpretazione di una norma. Ragionando in questo modo – è opportuno sottolineare – ossia avendo *prima*

scelto il fatto, può accadere che la conseguente interpretazione *cognitiva* della norma, ossia l'individuazione dei suoi significati che si considerano pacificamente validi ed accettabili sino a quel momento, sia portata al limite, e quindi si finisca per adottare una interpretazione minoritaria, marginale o dubbia. Può anche accadere, però, che anche questa esplorazione dei significati riconosciuti ma meno comuni della norma non sia sufficiente: in questo caso, bisogna passare alla interpretazione *creativa*, ossia all'individuazione di significati *nuovi* della norma, la cui configurazione è allora determinata direttamente dal fatto dalla cui importanza extragiuridica si sono prese le mosse.

Questo modo di procedere è, in realtà, molto più comune e frequente di quanto possa sembrare a prima vista. La categoria del “danno esistenziale” è solo un esempio recente di “invenzione” di un tipo di danno che prima non esisteva all'interno del campo di applicazione della responsabilità aquiliana, ma che è stato riconosciuto come pregiudizio autonomamente risarcibile a partire dal momento in cui dottrina e giurisprudenza hanno cominciato a ritenere che *quel* pregiudizio – rilevante sotto il profilo individuale e sociale – dovesse essere qualificato giuridicamente come danno risarcibile. È chiaro, in questa vicenda, che la valutazione extragiuridica del pregiudizio è venuta *prima* della sua qualificazione giuridica, e che si è trattato di una interpretazione decisamente creativa delle norme del codice civile che prevedono la responsabilità da fatto illecito. Ma gli esempi possono essere innumerevoli: basta pensare a tutte le norme a fattispecie aperta, come ad esempio (ma non solo) quelle che contengono clausole generali o concetti indeterminati, ossia a tutte le norme che per essere applicate richiedono una *eterointegrazione*, per avere situazioni delle quali il significato della norma viene determinato di volta in volta in relazione a fatti la cui rilevanza è *prima di tutto* sociale, morale, economica o politica.

L'importanza delle circostanze del caso concreto viene sottolineata in modo particolarmente intenso, e quasi esclusivo, da varie correnti della filosofia giuridica postmoderna, dal femminismo alla *critical race theory*, secondo le quali la decisione giudiziaria dovrebbe essere essenzialmente *particularistica*, nel senso che dovrebbe prendere in considerazione *solo* le circostanze *particolari* del caso, come ad esempio la razza o il genere dei protagonisti. Peraltro, anche filosofi del diritto come Neil MacCormick hanno contestato la concezione richiamata in precedenza, secondo la quale la selezione dei fatti rilevanti avverrebbe in base a schemi normativi astratti (che sarebbero, a seconda dei casi, maschilisti, razzisti, o comunque formali e troppo lontani dalla realtà concreta dei fatti che hanno dato luogo alla controversia). Dunque non si dovrebbe far riferimento a modelli normativi generali e astratti, e si dovrebbero prendere in considerazione soltanto i *particulars* del caso specifico. Orientamenti come questi sono certamente apprezzabili in quanto danno luogo a comprensibili polemiche antiformalistiche (antimachiliste, antirazziste) e mettono in crisi i modelli tradizionali di decisioni

derivate dall'applicazione meccanica di norme generali, spesso fondate su pregiudizi consolidati e incapaci di rispecchiare valori ed esigenze che sono invece rilevanti dal punto di vista etico, sociale o politico. Tuttavia essi incontrano alcune difficoltà non trascurabili.

Da un lato, essi finiscono col dare per scontato ciò che non è, ossia che si conoscano *tutte* le circostanze del fatto di cui si tratta, il che non è a ragione della infinita varietà del reale e della infinita varietà delle possibili descrizioni di tale fatto; oppure presuppongono che si sappia *a priori* quali sono le circostanze che debbono essere selezionate come rilevanti, il che implica un evidente circolo vizioso, in assenza di criteri riconoscibili di selezione. Il tutto si riduce allora al richiamo a prendere in considerazione *alcune* circostanze che – come si è detto poc' anzi – si ritengono particolarmente importanti sulla base di criteri metagiuridici di valutazione.

Dall'altro lato, una concezione radicalmente particolaristica della decisione giudiziaria porta a concepire la giustizia della decisione esclusivamente in termini di "equità del caso concreto": ogni caso singolo ha i suoi *particulars* che lo definiscono e lo distinguono da qualunque altro caso concreto, e la decisione dovrebbe essere modellata esclusivamente sulle peculiarità di ogni caso specifico. Peraltro, una concezione di questo genere contrasta apertamente con l'esigenza di *universalizzabilità* della regola di decisione che viene applicata, come garanzia di uguale trattamento dei casi simili e di esclusione dell'arbitrio soggettivo del giudice insito in ogni decisione "caso per caso".

206

Tuttavia, mentre la versione radicale della concezione particolaristica non pare giustificata, nelle sue versioni più ragionevoli, e tali da non escludere il riferimento alle norme di diritto che regolano il caso, questa concezione è importante in quanto sottolinea che l'importanza sociale, morale o politica dei fatti rappresenta un criterio rilevante e necessario per la selezione delle circostanze che si prendono in considerazione: è in questo senso, invero, che il fatto così determinato può orientare l'attività interpretativa del giudice nel senso di attribuire alla norma un significato *giusto*, e non solo un significato formalmente valido e logicamente accettabile.

QUALE DECISIONE?

Queste considerazioni hanno preso le mosse dalla constatazione della inattendibilità del tradizionale modello sillogistico della decisione giudiziaria, ed hanno tentato di sottolineare alcune delle difficoltà e delle questioni che sorgono quando si prende in considerazione l'inevitabile importanza che il fatto ha nell'interpretazione della norma che ad esso viene applicata. A questo punto si tratta di vedere se l'interpretazione della legge è destinata a risolversi senza rimedio in un pulviscolo caotico di decisioni particolaristiche, ognuna delle quali fa storia a sé e

non ha nessuna connessione con le altre, o se tutto si risolve in una “semiosi illimitata” che rinvia all'infinito il gioco delle interpretazioni, ovvero se sia possibile immaginare un nuovo modello di “buon giudice” e di “buona decisione”. Forse una indicazione in questo senso è possibile, non però nel senso della costruzione di un modello logico formale da sostituire al modello sillogistico, quanto piuttosto nel senso di indicare alcune condizioni che dovrebbero essere rispettate per “decidere bene”.

Una prima condizione si individua considerando che l'apertura verso la dimensione ermeneutica dell'interpretazione non implica che il processo rinunci all'accertamento della verità dei fatti. Al contrario: è il fatto *vero in quanto provato* che indirizza nella direzione giusta l'interpretazione operativa della norma. Ne deriva allora la necessità di porre in atto i controlli che sono indispensabili per l'accertamento della verità, in ordine alle prove, al loro impiego corretto, alla razionalità della loro valutazione e alla validità logica ed epistemica delle inferenze probatorie. Ciò non viene meno se – come si è fatto più sopra – si parla di narrazioni e non di fatti empirici: è possibile, ed è anzi necessario nel processo, far riferimento a narrazioni vere e non soltanto a descrizioni narrativamente persuasive.

Una seconda condizione si individua considerando che l'apertura verso la dimensione ermeneutica dell'interpretazione non implica la rinuncia alla razionalità del ragionamento giudiziario. Anche sotto questo profilo emerge la necessità di controlli adeguati, che rinviano ai canoni della logica della *giustificazione*: ne deriva la necessità di motivazioni complete e coerenti, logicamente strutturate attraverso lo svolgimento di “buone ragioni” capaci di giustificare sia l'accertamento dei fatti sulla base delle prove, sia l'interpretazione delle norme secondo i canoni della interpretazione normativa.

Infine, il riconoscimento della natura inevitabilmente creativa dell'interpretazione non implica la rassegnazione all'arbitrarietà e alla indifferenza delle scelte operate dagli interpreti ed in particolare dai giudici. Come si è tentato di mostrare, si possono individuare criteri riconoscibili e condivisibili che servono a controllare il fondamento delle scelte, sia che esse riguardino la selezione dei fatti rilevanti, sia che riguardino l'individuazione dell'interpretazione “giusta” delle norme. Si tratta da un lato, ancora una volta dei canoni dell'ermeneutica giuridica e del rispetto dei limiti dell'interpretazione, e dall'altro lato della verifica della congruenza tra il fatto (accertato) e la norma (interpretata) come premesse giustificate della decisione finale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- AMSTERDAM, A. G. Bruner, J., *Minding the Law*, Cambridge-London 2000.
 BORGES, J. L., *Otras inquisiciones*, Madrid 1998.
 BRUNER, J., *Making Stories. Law, Literature, Life*, Cambridge-London 2002.

- DI DONATO, F., *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo"*. Milano 2008.
- ECO, U., *Dall'albero al labirinto. Studi di storia sul segno e sull'interpretazione*, Milano 2007.
- ECO, U., *I limiti dell'interpretazione*, Milano 1990.
- ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. 2.Aufl., Heidelberg 1960.
- FERRAJOLI, L., *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Riv.int.fil.dir.* 1966.
- FERRARIS, M., *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in *Diritto, giustizia e interpretazione*, a cura di J. Derrida e G.Vattimo, Bari 1998.
- FIANDACA, G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002.
- FIANDACA, G.; MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova 2009.
- GUASTINI, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004.
- HAACK, S., *Manifesto of a Passionate Moderate. Unfashionable Essays*, Chicago-London 1998.
- HASSEMER, W., *Fattispecie e tipo: indagini sull'ermeneutica penalistica*, tr.it., Napoli 2007.
- HOY, D., C. *Il circolo ermeneutico. Letteratura, storia ed ermeneutica filosofica*, tr.it., Bologna, 1990.
- LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.
- LUZZATI, C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.
- MINDA, G., *Teorie postmoderne del diritto*, tr.it., Bologna 2001.
- PASTORE, B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano 1996.
- SCHAUER, F., *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, tr.it., Bologna 2008.
- TALEB, N.N., *The Black Swann. The Impact of the Highly Improbable*, New York 2007.
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano 1980.
- The Universal and the Particular in Legal Reasoning*, ed. by Z.Bankowski and J.MacLean, Aldershot 2006.
- TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992.
- TARUFFO, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009.
- TWINING, W., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2nd ed., Cambridge 2006.
- VIOLA, F., Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari 1999.

Data de recebimento: 09/10/2010

Data de aprovação: 20/11/2010

**LAS GARANTÍAS JUDICIALES EN EL
PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA
(INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)**

**THE JUDICIAL GUARANTEES IN THE
SAN JOSE OF COSTA RICA PACT
(EVOLUTIVE INTERPRETATION OF THE
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS)**

Juan Carlos Hitters*

*“En la nueva edad de las garantías y de un opulento
y efectivo proceso justo la gravitante influencia
de los Tribunales trasnacionales y sus vinculantes sentencias
condicionan el modelo de las naciones...”.*

Augusto Mario Morello

RESUMEN

El Pacto de San José de Costa Rica es un instrumento antiguo aprobado en 1969, pero pergeñado una veintena de años antes, que regula el debido proceso legal, y las garantías – yo diría “prejudiciales” y “judiciales” –, con una cierta desprolijidad y desorden. Pese a ello los arts. 5, 7, 8, 9 y 25 se ocuparon de esta problemática sin dejar dudas sobre la necesidad de acatar el postulado de la defensa en juicio en todos los Estados suscriptores del convenio de referencia. Transcurridos tantos lustros de su vigencia, la Corte IDH se ha visto en la necesidad de ir actualizando los criterios pétreos de la Convención a través de su tarea hermenéutica.

Palabras claves: Pacto de San José; Garantías judiciales; Hermenéutica; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

* Professor Doutor da Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Avda. 7 N° 776 | 1900, La Plata, Buenos Aires, Argentina. Correspondência para / *Correspondence to:* Calle 44 n. 768 – 7° A, 1900 LA PLATA, Buenos Aires, Argentina. E-mail: hitters@scba.gov.ar.

ABSTRACT

The San José of Costa Rica Pact is an old instrument approved in 1969, but sketched a twenty of years before, that regulates the due legal process, and the guarantees – I would say “prejudicial” and “judicial” –, with a certain untidiness and disorder. Despite of the arts. 5, 7, 8, 9 and 25 took care of this question without leaving doubts on the necessity to accept the postulate of the judicial use in all the states subscribers of the agreement. Passed so many lustrums of its validity, the Inter-American Court of Human Rights has been the necessity to update the criteria of the Convention through its hermeneutic function.

Keywords: San José of Costa Rica Pact; Judicial guarantees; Hermeneutic; Inter-american Court of Human Rights.

LAS GARANTÍAS

Introducción. Interpretación dinámica

El Pacto de San José de Costa Rica es un instrumento antiguo aprobado en 1969¹, pero pergeñado una veintena de años antes², que regula el debido proceso legal, y las garantías – yo diría ‘prejudiciales’ y ‘judiciales’ –, con una cierta desprolijidad y desorden. Pese a ello los arts. 5, 7, 8, 9 y 25 se ocuparon de esta problemática sin dejar dudas sobre la necesidad de acatar el postulado de la defensa en juicio en todos los Estados suscriptores del convenio de referencia³.

Transcurridos tantos lustros de su vigencia la Corte IDH se ha visto en la necesidad de ir actualizando los criterios pétreos de la Convención a través de su tarea hermenéutica.

Ha dicho en tal sentido el Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ que “... *los Tratados de derechos humanos son elementos vivos cuya hermenéutica tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación, consagradas en el art. 29 (de la Convención Americana), así como las establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”⁴ (énfasis añadido).

Antes que nada conviene alertar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos aborda el *due process of law* aplicable tanto al ‘Derecho interno’ de

¹ Rige en la Argentina desde el 1 de marzo de 1984, publicada en el Boletín Oficial el 27/03/1984, conforme a lo dispuesto en la ley 23.054.

² En Europa hubo que dictar en París, 20 de marzo de 1952, un Protocolo Adicional para *aggiornar* el viejo Convenio que rige dicho modelo a partir del año 1950.

³ HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, 1993, Buenos Aires, T. I, p. 221; ídem HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, 2007, T. I, V. 1, p. 623.

⁴ Corte IDH, Caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151, Voto Razonado del Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párr. 2.

los Estados que se han plegado (cuestión que tocaremos en este trabajo) – cuyas disposiciones son *self executing* –; como también el trámite que debe regir en el ‘proceso supranacional’ que se ventila ante la Comisión y ante la Corte (arts. 48 a 69 Pacto citado, y los Estatutos y Reglamentos de ambos cuerpos). Vale la pena esta aclaración porque no son las mismas normas las que se ocupan de la legislación doméstica que las que imperan en el ámbito supranacional, aunque por supuesto, existen grandes similitudes.

Las determinaciones preceptivas del Pacto – como luego veremos – importan *un piso y nunca un techo*, habida cuenta de que el art. 29 inc. c – Normas de Interpretación – acota sin ambages que *ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de perjudicar al ser humano*⁵.

Lo antedicho está ampliamente imbricado con la *influencia* que han ejercido en el ámbito local, por un lado los ‘Tratados de Derechos Humanos’ y por otro las ‘decisiones de los órganos supranacionales’. Todo ello – como lo venimos señalando desde hace ya tiempo⁶ – ha generado una verdadera revolución. Para traer algunos pocos ejemplos de este avance téngase en cuenta la modificación forzada de ciertas normas constitucionales producida en Chile⁷, o, más recientemente, la suspensión en Guatemala a través de una medida cautelar de la Corte Interamericana, de la sentencia que condenaba a un individuo a la pena de muerte⁸; como así también los reacomodamientos habidos sobre esta problemática en la doctrina legal del más Alto cuerpo judicial de la Argentina en el caso “Casal”, por citar un solo ejemplo.

Vemos una *doble influencia*, ya que por un lado se incorpora a la legislación interna un conjunto de normas que permiten reforzar el debido proceso legal; y

⁵ Artículo 29. Normas de Interpretación. “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁶ Véase, HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, LL 2009-D-1205; “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad”, LL 2008-E-1169; “Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales”, LL 2007-C, 875; “Los tribunales supranacionales”, LL 2006-E-818; “Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos”, LL 2003-D-1373; “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 20 años de vigencia”, LL 2001-A-1045; “Imposibilidad de retirarse de la jurisdicción de la Corte Interamericana (el caso de Perú)”, LL 1999-F-893.

⁷ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Nº 73.

⁸ Corte IDH. Caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C Nº 133.

por otro se les da a la Corte y a la Comisión la posibilidad de controlar los actos del Estado en sus tres poderes, y en particular los del Judicial⁹. El Tribunal cumple así una función casatoria muy importante, pues interpreta de manera uniforme el Derecho interamericano a través de su jurisdicción consultiva y de sus fallos propiamente dichos.

Se ha ampliando así la pantalla protectora de las libertades fundamentales del hombre, con independencia del país en el que se encuentre. Todo ello a partir del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del *ius cogens* (basado en el Derecho consuetudinario), de los documentos que regulan esta problemática¹⁰ y de la jurisprudencia del Tribunal.

Ha dicho la Corte IDH que en una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona humana, sus ‘garantías’, y el Estado de Derecho (democrático) constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros¹¹.

Garantías. Concepto

Deben entenderse por *garantías* al conjunto de instrumentos y preceptos que tienen en miras lograr la justicia de la decisión a través de la *independencia e imparcialidad* del juzgador. En este sentido se pueden citar las diversas normas internacionales – que más adelante estudiaremos (entre ellas los artículos 5, 7.6, 8, 9 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica) – que como dice FIX-ZAMUDIO, establecen,

⁹ Véase HITTERS, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales”, cit., p. 875.

¹⁰ Expuso nuestra Corte regional que el *corpus juris* de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenidos y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), de ahí que su *evolución dinámica* haya ejercido tan importante impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Añadió que se debe adoptar un criterio adecuado para considerar las cuestiones que se le planteen, en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona en el Derecho Internacional contemporáneo (Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 128. Ídem Caso “Tibi”. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, párr. 144; Caso de los “Hermanos Gómez Paquiyauri”. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, párr. 164; Caso de los “Niños de la Calle” [Villagrán Morales y otros]. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, párrs. 192 y 193; El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A N° 16, párr. 114).

¹¹ Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A: Fallos y Opiniones, N° 8, párrs. 26 y siguientes, ídem Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No. 5, párr. 35.

en esencia, el derecho fundamental de todo individuo de ser oído públicamente y con las debidas *garantías* por un tribunal *competente, independiente e imparcial*, establecido por ley, en la sustanciación de toda acusación de esencia penal, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil¹².

La Corte Interamericana desde antiguo ha fijado el concepto de *garantías* diciendo que son aquellas que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho¹³.

El cumplimiento de todas estas reglas hace al *debido proceso legal* (*due process of law* según la terminología norteamericana); o al derecho de *defensa en juicio*, como se lo llama en otros países, especialmente en los de habla hispana. Esta directriz axiológico-jurídica tuvo su origen remoto en las enmiendas V^a y XIV^a de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, introducidas en 1789 y 1826 respectivamente, y abarca aspectos *procesales*, como la publicidad, el derecho al juez natural, posibilidad de ofrecer y producir prueba, etc.; y *sustanciales*, que hacen a la razonabilidad del fallo como coronación del proceso¹⁴.

Modernamente tanto los constitucionalistas como los procesalistas se han encargado de remarcar que para que esas garantías operen a cabalidad y sin retaceos, debe existir *una igualdad efectiva de las partes en el pleito*¹⁵; y ello es una consecuencia del *principio de igualdad ante la ley*, que no surge expresamente de la norma comentada¹⁶, sino en forma genérica del artículo 24 de la Convención motivo de análisis¹⁷.

Esto significa que si los Estados no implementan en su andamiaje doméstico el postulado de *igualdad efectiva* de las partes en el proceso – y no formal –, incurrir – por lo menos – en violación de los artículos 8 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 del mismo.

La Corte IDH en dos antiguas e importantes Opiniones Consultivas (OC-8 y OC-9)¹⁸, cinceló el concepto de *garantías* y marcó la necesidad de *eficacia* de las mismas, doctrinas que todavía se aplican a cabalidad.

¹² FIX-ZAMUDIO, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, UNAM, México, 1986, p. 18.

¹³ Opinión Consultiva OC-8/87 (cit.), párr. 24.

¹⁴ FIX-ZAMUDIO, ob. cit., pp. 28-30.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro y Bryant GARTH, *El acceso a la Justicia*, Colegio de Abogados de La Plata, p. 115. MORELLO-BERIZONCE-HITTERS-NOGUEIRA, *La Justicia entre dos épocas*, Platense, pp. 80-85; FIX-ZAMUDIO, ob. cit., pp. 19-30.

¹⁶ A diferencia del artículo 10 de la Declaración Universal, que dice que toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente.

¹⁷ HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., p. 146.

¹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87 (cit.) y Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Conviene alertar que la CADH regula en forma expresa ciertas *garantías judiciales* en el art. 8.1, aunque en verdad sólo impone una serie de reglas mínimas e inorgánicas que determinan el debido proceso legal y que como óleo garantístico se expande en todos los casilleros del enjuiciamiento, sean de esencia penal, civil, laboral o de cualquier otro carácter.

El Tribunal interamericano ha dicho desde hace más de dos décadas que la norma mencionada puede inducir a confusión porque no consagra un recurso judicial en el sentido propio sino “...un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías de la Convención...”¹⁹.

A su vez, el art. 7.6 de dicho Tratado aborda el *hábeas corpus* – no dándole tal denominación –, y en paralelo el art. 25 trata el *amparo* sin otorgarle tampoco un nombre propio, aunque en el primer apartado sostiene que toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo y rápido* “...que la ‘*ampare*’ contra actos que violen sus derechos...” (lo remarcado nos pertenece).

Sin embargo no será ocioso poner de relieve que a su vez los arts. 5, 7 y 9 marcan verdaderos criterios garantísticos volcados inorgánicamente en sus andariveles, mientras que el art. 29 incs. c y d (normas de interpretación) pone énfasis en señalar que las reglas del Pacto de San José no excluyen los *derechos* y *garantías* que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática y representativa de gobierno (inc. c), ni tampoco limitan el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (inc. d).

68

Distintas garantías. Pautas generales

Señalamos al inicio que haríamos un análisis de la ‘moderna’ interpretación que la Corte IDH ha hecho de los artículos mencionados precedentemente, en especial los 7.5, 7.6, 8, 25 y 29 incs. c y d, ya que respecto de tales preceptos (la Convención no ha sido para nada modificada desde su origen) el Tribunal de nuestro sistema regional viene llevando a cabo en los últimos tiempos una hermenéutica abarcativa en particular sobre todo lo que tiene que ver con las distintas garantías en el Derecho interno²⁰.

Por ejemplo en el reciente Caso “Yvon Neptune vs. Haití”²¹ (sentencia de mayo de 2008), ha puesto de relieve, citando sus propios precedentes (revitalizados

¹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87 (cit.), párr. 27.

²⁰ HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. I, V. 1, p. 481.

²¹ Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haití”. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párrs. 77, 79, 80 y 83.

ahora y con mayor precisión), que según el Pacto de Marras, los Estados Parte *están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos* a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), que tienen que ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)²². Es claro que no basta con la existencia formal del recurso sino que además debe ser efectivo, esto es, tiene que dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención²³.

El artículo 8 que alude a las garantías judiciales establece los lineamientos del llamado '*debido proceso legal*', que consiste *inter alia* en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra²⁴ (párr. 79).

En el Caso que venimos comentando dijo ese Tribunal que es necesario enfatizar que dicha norma implica que el juez o tribunal encargado del conocimiento de una causa debe ser, en primer lugar *competente*, además de independiente e imparcial²⁵. Más específicamente ha hecho ver que "...toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano [...] actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete..."²⁶ (párr. 80), "...en íntima relación con lo anterior, el derecho de acceso a la justicia comprende que desde el inicio toda persona, en caso de ser sometida a un proceso, tenga efectivamente la posibilidad de obtener un pronunciamiento definitivo

²² Cfr. Caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras". Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91; Caso "Zambrano Vélez y otros", párr. 114, y Caso "de la Masacre de La Rochela", párr. 145.

²³ Caso "Yvon Neptune", cit., (párr. 77), cfr. Caso "Velásquez Rodríguez". Fondo, párrs. 63-64 y 66-68; Caso "del Pueblo Saramaka", párr. 177, y Caso "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez", párr. 133. Ver también Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

²⁴ Cfr. Caso "Genie Lacayo vs. Nicaragua". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 74, y Caso "Baena Ricardo y otros", párr. 137.

²⁵ Cfr. Caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 130.

²⁶ Cfr. Caso "del Tribunal Constitucional vs. Perú". Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 77; Caso "La Cantuta vs. Perú". Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 140, y Caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile". Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 130.

sin dilaciones indebidas que provengan de la falta de diligencia y cuidado que deben tener los tribunales de justicia, como se ha observado en este caso²⁷. En caso contrario, a la luz del derecho a un recurso efectivo, contenido en el artículo 25 de la Convención, es evidente que la persona perseguida no puede hacer valer las garantías contenidas en el artículo 8 de la Convención, las que serían inútiles si fuera imposible comenzar los procedimientos en primer lugar²⁸...” (párr. 83).

LAS GARANTÍAS EN PARTICULAR

Derecho a la integridad personal. Artículo 5

Generalidades

El artículo 5 de la CADH determina una serie de garantías, diríamos *estáticas*, porque sólo enuncia los derechos de las personas y las prohibiciones al Estado²⁹, aunque luego indica el objetivo que se debe seguir para ponerlas en marcha (arts. 7.6, 8.1 y 25), lo que denominamos *garantías dinámicas*.

La norma comentada abarca varios temas dentro de un mismo título, todos bajo el acápite central de *derecho a la integridad personal*. En efecto, adviértase que trata de la integridad física, psíquica y moral, la prohibición de las torturas y de penas vicariantes, el régimen carcelario, etc.³⁰.

Vale la pena resaltar que en puridad de verdad, el artículo 5.1 de la Convención consagra en términos generales el derecho a la integridad personal (tanto física como psíquica y moral). Por su parte, el artículo 5.2 de manera más específica,

70

²⁷ Cfr., *mutatis mutandis*, Caso “Palamara Iribarne vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 118, párr. 50.

²⁸ En similares términos, cfr. CEDH Affaire “Golder c. Royaume-Uni”, arrêt du 21 février 1975, serie A no. 18, párrs. 28-36, y CEDH, Case of «Baskiene v. Lithuania», Judgment, 24 July 1975, párrs. 78-79.

²⁹ Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

³⁰ Las fuentes mediatas – en general – de dicho precepto las encontramos en los siguientes artículos: 3 del Convenio Europeo; 3, 5 y 12 de la Declaración Universal; I de la Declaración Americana; 7 y 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y también, aunque se trata de documentos posteriores, todo el andamiaje de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (ONU), con vigor a partir de junio de 1987.

enuncia ciertas garantías que protegen el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como el derecho de toda persona privada de libertad a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano³¹. Desde esta perspectiva la Corte ha entendido *que cualquier violación del artículo 5.2 de la Convención acarreará necesariamente la infracción del artículo 5.1 de la misma*³².

Condiciones de detención (art. 5)

a. Pautas generales

El tribunal aludido ha indicado que de conformidad con los apartados 1 y 2 de la norma en cuestión “...toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, lo cual debe ser asegurado por el Estado en razón de que éste se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas, porque las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas...”³³.

En tal orden de ideas añadió dicho cuerpo jurisdiccional que “...la detención en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomuni-

³¹ Los principios recogidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención también están contenidos en los artículos 7 y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...], los cuales establecen, respectivamente, que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes [...]”, y que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Los principios sexto y primero del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión disponen, respectivamente, lo mismo. Por su parte, el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7 y 10.1; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 1 y 6; y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 3.

³² Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haití”, (cit.), párr. 129.

³³ Cfr. Corte IDH, Caso “Neira Alegría y otros vs. Perú”. Sentencia de 19 de enero de 1995, Serie C No. 20, párr. 60; Caso “del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 160, y Caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 85 y 87. En igual sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que: el artículo 3 del Convenio [Europeo] impone al Estado asegurarse de que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida. Cfr. CEDH, Affaire “Kudla c. Pologne”, arrêt du 26 octobre 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-XI, párr. 94. Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haití”. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 130.

cación o con restricciones indebidas al régimen de visitas, constituyen una violación³⁴ a la integridad personal...³⁵.

Si bien no es nuestro propósito agotar – ni mucho menos – esta problemática que encierra la norma aludida – que sólo la traemos a colación para enfocar una de las garantías del Pacto de San José – no debemos omitir considerar que el Tribunal regional de Costa Rica, en los últimos tiempos ha marcado a los Estados una serie de criterios con referencia a las personas detenidas que deben acatar para no violar la Convención³⁶.

b. Separación entre procesados y condenados

En lo que tiene que ver con los procesados, una de las garantías que impone el art. 5.4 del Pacto *sub examine* edicta que salvo circunstancias excepcionales éstos deben estar separados de los condenados, y ser sometidos a un tratamiento adecuado en su condición de encartados.

Aclara la Corte que tal postulado está también incluido, de manera idéntica, “...en el artículo 10.2.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En consonancia, el octavo principio del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión señala que: ‘las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas’³⁷. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas’...³⁸.

72

³⁴ Cfr. Corte IDH, Caso “Loayza Tamayo vs. Perú”. Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párr. 58; Caso “del Penal Miguel Castro Castro” (cit.), párr. 315, y Caso “García Asto y Ramírez Rojas”, párr. 221. Ver también Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Reglas 10 y 11.

³⁵ El Comité contra la Tortura ha expresado, en relación con las *condiciones de detención*, que: la sobrepoblación y las precarias condiciones materiales y de higiene en los establecimientos carcelarios, la carencia de servicios básicos, en especial atención médica apropiada, la incapacidad de las autoridades de garantizar la protección de los reclusos en situaciones de violencia intercarcelaria [...] y otras graves carencias, además de incumplir las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, agravan la privación de libertad de los reclusos condenados y procesados y la transforman en una pena cruel, inhumana y degradante y, para los últimos, además, una pena anticipada de sentencia. Cfr. Naciones Unidas, Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Bolivia, A/56/44, 10 de mayo de 2001, párr. 95f). Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haití”, 2008 (cit.), párr. 131.

³⁶ Sobre el Sistema Europeo, véase HITTERS-FAPPIANO, ob. cit., T. II, V. 2, p. 745. Véase también GARCÍA, Lila, “Una herida en los derechos humanos, la persona en la persecución penal. Jurisprudencia de la Corte Interamericana (2001-2006)” JA 2007-III-994. SJA. Fascículo 1. LexisNexis 4/07/2007.

³⁷ Cfr. Naciones Unidas, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 8. Cfr. Corte IDH. Caso Yvon Neptune vs. Haití. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 143.

³⁸ Corte IDH, Caso “Yvon Neptune vs. Haití” (cit.), párr. 144.

Si bien toda esta problemática viene abordándose desde antiguo, nos ocupamos ahora del Caso “Yvon Neptune” porque creemos que aquí el Tribunal de Costa Rica – entre otros fallos – ha hecho una interpretación finalista y abarcadora uniendo – a manera de argamasa – su propia jurisprudencia con las pautas internacionales que rigen la materia.

En este orden de pensamiento puso de relieve que las Reglas Mínimas para Tratamientos de Reclusos de la ONU establecen en su párrafo 8 que “...los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: [...] b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena”³⁹.

En el mismo fallo añadió dicho tribunal que el Comité de Derechos Humanos ha señalado, en su Observación General N° 21⁴⁰ sobre el trato humano de las personas privadas de libertad, que la separación entre ‘procesados’ y ‘condenados’ dispuesta en el artículo 10.2.a) del PIDCyP es “necesaria para recalcar su condición de personas no condenadas; que están también protegidas por la presunción de inocencia establecida en el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto”. Además, el Comité señaló que “los Estados Partes deben indicar [...] en sus informes las modalidades de separación de los procesados y los condenados y precisar las diferencias entre los regímenes que se aplican a unos y otros” (párr. 145)⁴¹.

³⁹ Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Regla 8. Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haití” (cit.), párr. 144.

⁴⁰ Cfr. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general no. 21: Sustituye a la observación general 9, trato humano de las personas privadas de su libertad (art. 10), 10 de abril de 1992, párr. 9.

⁴¹ En el citado caso “Yvon Neptune” expresó la Corte IDH que “...esta Corte ha considerado que el artículo 5.4 de la Convención Americana impone a los Estados la obligación de establecer un sistema de clasificación de los reclusos en los centros penitenciarios, de manera que se garantice que los procesados sean separados de los condenados y que reciban un tratamiento adecuado a su condición de persona no condenada [En el caso “Tibi”, la Corte concluyó que el Estado era responsable por la violación del artículo 5.4 por la falta de separación de los reclusos, ya que “no había un sistema de clasificación de los detenidos en el centro penitenciario en donde estuvo recluso el señor Tibi y que por esta razón se vio en la necesidad de convivir con sentenciados y quedó expuesto a mayor violencia”. De manera similar, la Corte declaró la violación del artículo 5.4 en el caso “López Álvarez”, ya que “estaba demostrado que en los centros penitenciarios en donde estuvo recluso el señor Alfredo López Álvarez no regía un sistema de clasificación de los detenidos”, por lo cual “durante más de seis años y cuatro meses en que estuvo privado de libertad, permaneció en compañía de reclusos condenados, sin que el Estado haya invocado y probado la existencia de circunstancias excepcionales”. Cfr. Caso “Tibi vs. Ecuador”. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 158, y Caso “López Álvarez vs. Honduras”. Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párrs. 111-112. Ver también, Caso “Montero Aranguren y otros

Derecho a la libertad y a la seguridad personales. El hábeas corpus. Art. 7

Regla general

Establece el inciso 1 del artículo 7, que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

Tal regla coincide con el artículo 9.1 del PIDCyP, y con el 5.2. del Convenio Europeo, aunque este último enuncia los casos en los que es posible la detención o encarcelamiento, siempre y cuando se cumplan los procedimientos establecidos por la ley. Dicho inciso, como acápite o título de toda la norma, determina una pauta general que luego es desarrollada en los incisos siguientes, del artículo 7.

La norma comentada impone garantías fundamentales para el ser humano, a fin de prohibir la detención arbitraria y el castigo o sufrimiento del afectado. Se tiende a evitar – entre otros delitos cometidos a menudo en ciertos países americanos – la llamada *desaparición forzada de personas* que sean encarceladas clandestinamente sin proceso alguno, y que muchas veces mueren en esas circunstancias⁴². La Corte Interamericana desde antiguo ha sancionado severamente estas prácticas ilegales, condenando al gobierno responsable⁴³.

El art. 7 mencionado se ocupa de proteger tanto la *libertad* como la *seguridad personal*, y al igual que el art. 5 – ya analizado –, edicta una serie de reglas, algunas netamente sustanciales; y otras de tipo adjetivo (7.5 y 7.6), según la clasificación que venimos realizando.

Para el Tribunal interamericano – según la jurisprudencia de los últimos tiempos –, el aludido artículo 7 contiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una *general* y otra *específica*. La *general* se encuentra en el primer

(Retén de Catia) vs. Venezuela”. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150, párr. 104]. Estas garantías pueden ser entendidas como corolario del derecho de una persona procesada a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, el cual está reconocido en el artículo 8.2 de la Convención. Corresponde al Estado demostrar la existencia y funcionamiento de un sistema de clasificación que respete las garantías establecidas en el artículo 5.4 de la Convención, así como la existencia de circunstancias excepcionales en caso de no separar los procesados de los condenados (párr. 146) asimismo, señaló que “... la Corte estima que la separación de los procesados y de los condenados requiere no solamente mantenerlos en diferentes celdas, sino también que estas celdas estén ubicadas en diferentes secciones dentro de un determinado centro de detención, o en diferentes establecimientos si resultara posible” (párr. 147).

⁴² MONROY CABRA, Marco Gerardo, “Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana...”, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA, 1980, p. 46.

⁴³ Dijo ese Tribunal que el secuestro es un caso de “privación arbitraria de la libertad que conculca... el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal...” (Caso “Velásquez Rodríguez”. Sentencia del 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 155, ídem Caso “Godínez Cruz”).

numeral y dispone que: “toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la *específica* “está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7)”⁴⁴.

En lo que tiene que ver con la libertad personal, la regla de marras “...protege exclusivamente el derecho a la *libertad física* y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia ‘física’ del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico...”⁴⁵.

Como pone de relieve ese órgano jurisdiccional, pretender regular el ejercicio de tal derecho se convierte en una tarea inacabable, por las múltiples formas en las que la libertad física puede expresarse. Por ello lo que aborda son en verdad los límites o restricciones que el Estado puede legítimamente imponer⁴⁶.

Ello explica por qué el 7.1 impone en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los otros numerales contornean las distintas garantías que el Estado debe acatar cuando debe privar la libertad de un individuo⁴⁷, de conformidad con los procedimientos pertinentes.

Por ende, la *libertad* es siempre la regla y su limitación o restricción, la excepción⁴⁸.

Coordinando lo antedicho la Corte IDH pone en evidencia que cualquier infracción a los numerales 2 al 7 del comentado artículo 7 acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de libertad implica, en suma, la ausencia de protección del propio derecho a la libertad de esa persona⁴⁹.

Reglas específicas

Con respecto a la *libertad física* dispone el artículo 7.2: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de

⁴⁴ Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haiti” (cit.), párr. 89. Cfr. Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C No. 170, párr. 51.

⁴⁵ Cfr. CEDH, Affaire “Engel et autres c. Pays-Bas”, arrêt du 8 juin 1976, párr. 58. El texto original en francés es el siguiente: “[en proclamant le ‘droit à la liberté’, le paragraphe 1 de l’article 5 (art. 5.1) vise la liberté individuelle dans son acception classique, c’est à dire la liberté physique de la personne [...]”.

⁴⁶ Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haiti” (cit.), párr. 90.

⁴⁷ Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haiti” (cit.), párr. 90.

⁴⁸ Cfr. Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez” (cit.), párr. 53.

⁴⁹ Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haiti” (cit.), párr. 91. Cfr. Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez” (cit.), párr. 54.

antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

Dicha norma positiviza esta garantía, al señalar que la privación de la libertad sólo puede surgir de las Cartas Magnas locales, o de las *leyes* dictadas conforme a ellas. Es ésta una institución que en los sistemas domésticos se perfecciona a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, cuando esas garantías mínimas pasan a tener rango supralegal⁵⁰, fenómeno que llega a su máximo esplendor con la internalización de tales prerrogativas.

La regla comentada se basa fundamentalmente en la segunda parte del primer párrafo del artículo 9 del PIDCyP, pese a que éste remite a la ley y no a la Constitución.

Cuando hablamos del *debido proceso legal* se debe tener en cuenta que con gran frecuencia aparecen los problemas de la necesidad de proteger la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado y en paralelo la posibilidad de defensa del detenido⁵¹.

El dispositivo en cuestión limita la actuación del Estado en lo que tiene que ver con la afectación de la libertad personal. Esto quiere decir que prohíbe las detenciones arbitrarias o ilegales. Nadie puede ser privado de su libertad – principio de legalidad – fuera de las circunstancias previstas por la ley (aspecto material) y con estricta subordinación a las reglas dispuestas en ésta (aspecto formal)⁵².

En lo que tiene que ver con la posibilidad de imponer prisión, edicta el párrafo 3 del artículo examinado que: “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”⁵³.

Ello significa que ningún ser humano debe ser privado de su libertad si tal medida no surge de una ‘disposición legal’ emanada de ‘autoridad competente’. El adjetivo “arbitrario” quiere decir “sin apoyo en derecho”. La Corte Europea de

⁵⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, Universidad Autónoma de México. 1986. p. 13-5. Véase también HITTERS-FAPPIANO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. I, V. 1, § 13.

⁵¹ Caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 222.

⁵² Corte IDH, Caso “Yvon Neptune vs. Haití”, párrs. 130, 131. Cfr. Caso “Neira Alegría y otros”, párr. 60; Caso “del Penal Miguel Castro Castro”, párr. 160, y Caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela”. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 85 y 87.

⁵³ Sus fuentes son los artículos: 9 de la Declaración Universal. 9.1 del PIDCyP, XXV de la Declaración Universal, y 5.1 del Convenio Europeo. Sin embargo hay que tener en cuenta que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 (véase HITTERS-FAPPIANO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. I, V. 1, p. 67), disponía expresamente que la detención de los individuos solo podía llevarse a cabo en las situaciones determinadas por la ley y conforme a los procedimientos allí prescritas; fijando asimismo las pautas de la irretroactividad de las disposiciones legales penales.

Derechos Humanos ha interpretado el artículo 5 del convenio de Roma – similar al 7 americano – aclarando que la llamada “vigilancia especial” de aquellos que salen de la cárcel, o que se cumple con ciertas personas no detenidas, es atentatoria de la libertad personal⁵⁴.

Comentando el citado artículo del modelo del viejo mundo, acota GARCÍA DE ENTERRÍA, que si bien son las autoridades domésticas quienes se encuentran en inmejorables condiciones para apreciar los motivos que justifican la privación de la libertad, ello no es óbice para que los organismos internacionales controlen la “razonabilidad” de dichas medidas⁵⁵, cuando le corresponde ejercer el control de convencionalidad.

En suma la Corte IDH ha puesto énfasis en señalar que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que – aun considerados como legales – puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, *irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad*⁵⁶.

Por ello, sostiene este Tribunal que “...no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté prevista en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación sean compatibles con la Convención, es decir, que respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria...”⁵⁷.

En tal sentido este organismo jurisdiccional ha enunciado con toda claridad qué “requisitos” debe cumplir la orden de detención para que no se convierta en violatoria de la Convención, a saber: “...1) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea legítima. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia⁵⁸; 2) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; 3) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el

⁵⁴ Caso “Guzzardi”, del 6 de nov. de 1980 (véase HITTERS-FAPPIANO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. I, V. 2, § 250).

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA-LINDE-ORTEGA-SÁNCHEZ MORÓN, *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1983, segunda edición, p. 84.

⁵⁶ Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haití” (cit.), párr. 97. Conf. Caso “Gangaram Panday vs. Suriname”. Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C No. 16, párr. 47; Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez”, (cit.), párr. 90, y Caso “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 105. Ver también Caso “Servellón García y otros vs. Honduras”. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152, párr. 90.

⁵⁷ Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haití” (cit.), párr. 98. Cfr. Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez”, (cit.), párr. 93.

⁵⁸ Cfr. Caso “Servellón García y otros”, (cit.), párr. 90, y Caso “Acosta Calderón vs. Ecuador”. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111.

fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional⁵⁹, y 4) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales⁶⁰, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención...⁶¹.

Con respecto a la información a las personas detenidas, establece el artículo 7.4 que “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”.

Este precepto coincide con el artículo 9.2 del PIDCP, y con el 5.2 del Convenio Europeo⁶², y apuntala los derechos a la información y a la defensa en juicio, puesto que si el encausado sabe los motivos de su detención, puede preparar con justeza su defensa.

La Corte ha establecido que la información de los “motivos y razones” de la detención debe darse “cuando ésta se produce”, lo cual “constituye un mecanismo para evitar encarcelamientos ilegales o arbitrarios desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo detenido”⁶³. Adicionalmente, la obligación por parte de las autoridades de informar los motivos de la detención permite al encarcelado impugnar la legalidad de la misma, para que haga uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer, en los términos del artículo 7.6 de la Convención⁶⁴.

En este sentido también ha dicho que “...la información sobre los motivos y razones de la detención necesariamente supone informar, en primer lugar, de la detención misma. La persona detenida debe tener claro que está siendo detenida. En segundo lugar, el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los

⁵⁹ Cfr. Caso “Palamara Iribarne”, nota 113, y Caso “García Asto y Ramírez Rojas”, párr. 106.

⁶⁰ Cfr. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” (cit.), párr. 228.

⁶¹ Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haití” (cit.), párr. 98. Cfr. Caso “García Asto y Ramírez Rojas”, (cit.), párr. 128.

⁶² Cfr. Caso “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”. Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párr. 82, Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez”, (cit.), párr. 105.

⁶³ Cfr. Caso “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”, cit., párr. 82, y Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez”, (cit.), párr. 70.

⁶⁴ Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haití”, (cit.), párr. 105.

que se basa la detención. No se satisface el artículo 7.4 de la Convención si sólo se menciona la base legal⁶⁵.

Como bien expresa GARCÍA RAMÍREZ, existen diversos aspectos de la detención sujetos a una especial regulación que han sido abordados por la Corte IDH. Entre ellos podemos citar a la información del detenido para comprobar la arbitrariedad o no de la privación de su libertad⁶⁶.

La oportuna información de las razones del encarcelamiento y de los cargos que se le imputan constituyen un dato de relieve mayor – agrega el citado autor – para la adecuada defensa y un medio de prevención de las acciones arbitrarias por parte del Estado. Este precepto “...contempla un mecanismo para evitar conductas ilegales o arbitrarias desde el acto mismo de privación de la libertad y garantiza la defensa del detenido. Tanto éste como quienes ejercen la representación o custodia legal de él, tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención y acerca de los derechos que tiene el detenido...”⁶⁷.

Es necesario hacerle saber al preso sobre el derecho que le asiste a *contactarse con determinadas personas que puedan defenderlo* “...por ejemplo, un familiar, un abogado, o un funcionario consular según corresponda...”⁶⁸. Y ese tipo de comunicación tiene que cumplirse antes de que quien está privado de su libertad emita su primera declaración ante la autoridad⁶⁹.

No debemos omitir computar que si se trata de un preso extranjero la Opinión Consultiva OC-17⁷⁰ le otorga la facultad para solicitar asistencia consular de su país a fin de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo⁷¹. La

⁶⁵ Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haití”, (cit.), párr. 106. Cfr. Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez”, (cit.), párr. 71.

⁶⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Elementos del debido proceso en la jurisprudencia interamericana de Derechos Humanos”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Num. 9, Buenos Aires, 2006, p. 46.

⁶⁷ Caso “Tibi”, (cit.), párr. 109; Caso “de los Hermanos Gómez Paquiyauri”, (cit.), párr. 92; Caso “Maritza Urrutia vs. Guatemala”. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 72; Caso “Bulacio vs. Argentina”. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 128, y Caso “Juan Humberto Sánchez”, (cit.), párr. 82.

⁶⁸ Caso “Acosta Calderón”, (cit.), párr. 125; Caso “Tibi”, (cit.), párr. 112, y Caso “Bulacio”, (cit.), párr. 130.

⁶⁹ Cfr. Caso “Acosta Calderón”, (cit.), párr. 125; Caso “Tibi”, (cit.), párr. 112; Caso “de los Hermanos Gómez Paquiyauri”, (cit.), párr. 93; Caso “Bulacio”, (cit.), párr. 130, y “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, (cit.), párr. 106.

⁷⁰ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

⁷¹ Caso “Acosta Calderón”, (cit.), párr. 125; Caso “Tibi”, (cit.), párr. 195, y “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, (cit.), párr. 122.

inobservancia de este derecho afecta el derecho a la defensa, que forma parte de las garantías del debido proceso legal⁷².

Al analizar el art. 7.4 vemos cómo la jurisprudencia interamericana a *aggior-nato* la institución allí regulada delineando una serie de pautas que deben ser observadas en el Derecho interno para evitar la responsabilidad internacional del Estado por violación de la Convención.

Por ejemplo, en el Caso “López Álvarez vs. Honduras”⁷³, la Corte modificó su postura anterior consignada en el asunto “Acosta Calderón”⁷⁴ en lo que tiene que ver con la información al detenido en el caso de flagrancia. En efecto, en este expediente había dicho que en la situación apuntada no era obligatorio informar al apresado sobre las razones de la detención. Ahora en cambio, en el Caso “López Álvarez”, expresó *la necesidad de notificación aun en el caso de flagrancia*⁷⁵.

Respecto de la prisión preventiva dice el artículo 7.5 que “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un *plazo razonable* o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (énfasis añadido).

Estamos en presencia de una ‘garantía’ que hemos definido como procesal, adjetiva o dinámica, ya que le impone al Estado ciertas condiciones y el término para cumplirlas.

Este dispositivo que hace al derecho de defensa, coincidiendo con lo preceptuado por el artículo 8.2. b), busca la posibilidad de la concreción rápida de la libertad en los casos que ella fuera posible. Su fuente está en los artículos 9.3 del PIDCyP, y 5.3 de la Convención Europea⁷⁶.

Se incorpora en paralelo la institución del *hábeas corpus* (art. 7.6) en el sentido tradicional⁷⁷ para resguardar la libertad personal de quien hubiera sido apresado arbitrariamente: tutela que se hace extensiva a la “vida” e “integridad” del inculpado, ya que supone su presentación ante un juez⁷⁸.

⁷² Cfr. Caso “Acosta Calderón”, (cit.), párr. 125, y Caso “Tibi”, (cit.), párr. 195.

⁷³ Corte IDH. Caso “López Álvarez vs. Honduras”, (cit.).

⁷⁴ Corte IDH. Caso “Acosta Calderón vs. Ecuador”, (cit.).

⁷⁵ Corte IDH. Caso “López Álvarez vs. Honduras”, (cit.), Voto Razonado del Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párrs. 12 a 14.

⁷⁶ NIKKEN, Pedro, *Los derechos humanos en el sistema regional americano*, Manual de Cursos. Recopilación de Conferencias, IIDH, Costa Rica, 1988.ob. cit., T. I, p. 28.

⁷⁷ Opinión Consultiva OC-8/87 (cit), párr. 35.

⁷⁸ Véase OC-8/87, cit., párrs. 35 y siguientes.

Se viola la libertad física cuando – como vimos – la prisión es “irrazonable”, o si no se le permite al procesado designar su letrado; o cuando resulta demasiado prolongada, sin que se inicie la indagación o sin que el proceso concluya. Como bien apunta MONROY CABRA, lo más grave – y lamentablemente frecuente en ciertos países de América – es que a veces las autoridades niegan la detención – producida en cárceles clandestinas – lo cual imposibilita el ejercicio del *habeas corpus*⁷⁹. En esas situaciones es necesario que los familiares o amigos del apesado se presenten ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que ella haga valer estos derechos fundamentales del hombre⁸⁰.

Modernamente la Corte ha entendido que el *control judicial ‘inmediato’* es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho *corresponde al juzgador garantizar las prerrogativas del apesado, autorizar las medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario*, y procurar, en general, que se trate al apesado de manera consecuente con la presunción de inocencia⁸¹; en este sentido “...también se ha pronunciado la Corte Europea, la cual además ha equiparado los términos ‘sin dilación’ (‘aussitôt’) a ‘inmediatamente’ (‘immédiatement’), y ha establecido que la flexibilidad en la interpretación de este término debe ser limitada⁸². Esto es así, dado que la *detención preventiva ‘es la institución más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática*⁸³, pues *‘es una medida cautelar, no punitiva’*... ”⁸⁴.

Conviene alertar que el artículo 7.5 hace dos referencias temporales, una cuando impone la frase *‘sin demora’* con respecto a la revisión judicial, y la otra cuando le da derecho al encartado a ser juzgado en un *‘plazo razonable’*.

⁷⁹ NIKKEN, Pedro, *Los derechos humanos en el sistema regional americano*, cit., p. 44.

⁸⁰ Últimamente la Corte ha dicho en este sentido que se le debe permitir la visita de los familiares del detenido que son quienes ejercitan generalmente los reclamos en el Derecho interno. Cfr. Caso “Tibi”, (cit.), párr. 131; Caso “Hermanas Serrano Cruz”, (cit.), párr. 75. Véase GARCÍA, Lila, ob. cit. *supra* en nuestra nota 36.

⁸¹ Cfr. Caso “Bulacio vs. Argentina”, (cit.), párr. 129; Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez”, (cit.), párr. 81, y Caso “García Asto y Ramírez Rojas”, (cit.), párr. 109.

⁸² Cfr. CEDH, Affaire “Brogan et autres c. Royaume Uni”, arrêt du 29 novembre 1988, série A no. 145-B, párr. 59.

⁸³ Cfr. Caso “Acosta Calderón”, (cit.), nota 135, párr. 74; Caso “Servellón García y otros”, (cit.), párr. 88, y Caso “García Asto y Ramírez Rojas”, (cit.), párr. 106.

⁸⁴ Corte IDH. Caso “Yvon Neptune vs. Haiti”, (cit.), párr. 107. Cfr. Caso “Suárez Rosero”, (cit.), párr. 77; Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez”, (cit.), párr. 145, y Caso “López Álvarez vs. Honduras”, (cit.), párr. 69.

A su vez el art. 8.1 – del que luego nos ocuparemos –, también alude “al tiempo”, al sostener que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías dentro de un ‘*plazo razonable*’. No debemos confundir el contenido de ambas reglas, ya que la primera (7.5) se ocupa de la *prisión preventiva* aludiendo a que toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un juez o funcionario autorizado y que tendrá derecho a ser juzgado en un plazo razonable; mientras que en el 8.1 el plazo razonable está relacionado con *la duración de todo el pleito*, hasta que la sentencia quede firme⁸⁵. Y la cuarta referencia temporal la vemos en el art. 25.1 del mencionado documento supranacional, cuando sostiene el derecho a un recurso sencillo y *rápido*⁸⁶.

Por ello ha expresado – reiteramos – que la prisión preventiva⁸⁷ implica una situación cautelar no punitiva⁸⁸. La prolongación arbitraria de la misma la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica.

Señaló también dicho órgano que “...el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculgado de manera consecuente con la presunción de inocencia...”⁸⁹.

82

Remarcó desde ese punto de vista que “...tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos han destacado la importancia que revisite el pronto control judicial de las detenciones. Quien es privado de libertad sin orden judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez⁹⁰. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado conforme a las características especiales

⁸⁵ Incluyendo la etapa de ejecución de la sentencia. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los Derechos Humanos en la jurisdicción interamericana*, Universidad Autónoma de México, año 2002, p. 135. Véase Votos Razonados del Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, en los casos “López Álvarez vs. Honduras” y Caso “de las Masacres de Ituango vs. Colombia” (Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148) párr. 27 (véase *infra*, nuestra nota 231).

⁸⁶ Caso “López Álvarez vs. Honduras”, (cit.), Voto Razonado del Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, párr. 27.

⁸⁷ Sobre este tema véase GARCÍA, Lila, “Una herida en los derechos humanos, la persona en la persecución penal”, ob. cit.

⁸⁸ Cfr. Caso “Tibi”, (cit.), párr. 180; y Caso “Suárez Rosero”, (cit.), párr. 77.

⁸⁹ Corte IDH. Caso “Acosta Calderón vs. Ecuador”, (cit.), párr. 76. Cfr. Caso “Tibi”, (cit.), párr. 114; Caso “de los Hermanos Gómez Paquiyauri”, (cit.), párr. 96; y Caso “Maritza Urrutia”, (cit.), párr. 66.

⁹⁰ Cfr. Caso “Tibi”, (cit.), párr. 115; Caso “de los Hermanos Gómez Paquiyaur”, (cit.), párr. 95; y Caso “Maritza Urrutia”, (cit.), párr. 73; y, en igual sentido, Eur. Court H.R., “Brogan and Others”, judgment of 29 November 1988, Series A no. 145-B, párrs. 58-59, 61-62; y “Kurt vs Turkey”, No. 24276/94, párrs. 122, 123 y 124, ECHR 1998-III.

de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención, porque esto quebrantaría el artículo 5.3 de la Convención Europea...⁹¹.

Como lo ha señalado en otros casos, el Tribunal interamericano ha estimado necesario realizar algunas precisiones sobre este punto⁹² “...En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente...⁹³”.

a. Legalidad del arresto. El hábeas corpus

Dispone el artículo 7.6 que “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

Antes de seguir adelante conviene poner énfasis en señalar que el hábeas corpus representa dentro de las garantías judiciales indispensables el medio idóneo no sólo para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, sino también para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes⁹⁴. Estos criterios son reflejados en los artículos X y XI de la CIDFP (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas), específicamente en lo que se refiere a la desaparición forzada de personas⁹⁵.

⁹¹ Corte IDH. Caso “Acosta Calderón vs. Ecuador”, (cit.), párr. 77. Cfr. Eur. Court H.R., “Brogan and Others”. Judgment of 29 november 1988, Series A no. 145-B, pars. 58-59, 61-62; véase también Caso “Tibi”, párr. 115; Caso “Maritza Urrutia”, párr. 73; y Caso “Juan Humberto Sánchez”, (cit.), párr. 84.

⁹² Cfr. Caso “Tibi”, (cit.), párr. 118.

⁹³ Corte IDH. Caso “Acosta Calderón vs. Ecuador”, (cit.), párr. 78.

⁹⁴ Cfr. Caso “Neira Alegría y otros vs. Perú”. Fondo, párr. 82; Caso “La Cantuta vs. Perú”, (cit.), párr. 111, y Caso “de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador”, (cit.), párr. 79. Ver también “El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías” (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 35.

⁹⁵ Corte IDH. Caso “Anzualdo Castro vs. Perú”. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 72.

En puridad de verdad la norma citada impone dos obligaciones para el Derecho interno, por un lado, llevar *sin demora* al detenido ante un juez, y segunda, juzgarlo *dentro de un plazo razonable* o ponerla en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso.

Si analizamos a fondo la Convención Americana advertiremos que ésta no habla en forma expresa del hábeas corpus, cuya calificación surge tácitamente del art. 7.5. Por ello la Corte – que sí ha utilizado esta terminología – aclara que tal vía se usa como sinónimo de procedimiento para revisar la legalidad de la prisión preventiva, aunque en el Derecho doméstico no tenga la denominación antes referida.

La aludida disposición hunde sus raíces en los artículos 9.4 del PIDCyP y 5.4 del Convenio Europeo.

Con respecto a la legitimación activa para ejercitar esta garantía, la última parte del párr. 6 del art. 7 de la CADH señala que la medida puede interponerse por sí, o por otra persona, criterio que coincide con lo estatuido por el artículo 44, con respecto a la potestad para presentarse a impetrar ante la Comisión.

La Corte regional se ha ocupado de manera profunda y clara sobre esta temática, en las Opiniones Consultivas 8^a (OC-8) y 9^a (OC-9), definiendo el *hábeas corpus* y delimitando su campo de actuación y contornos.

84

En efecto, el Alto tribunal, en el primero de los pronunciamientos citados, fijó el concepto de “*garantías*”, acotando que las mismas sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Añadiendo que “como los Estados partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, *también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia*”⁹⁶ (énfasis agregado).

Acotó también – focalizando la interpretación del artículo 7.5, y reiterando lo expresado con anterioridad⁹⁷ – que el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho, son conceptos *inseparables*⁹⁸.

En la OC-8 dijo – algo que ya anticipamos – que el *hábeas corpus* en su acepción clásica, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, “...por medio de un mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve

⁹⁶ Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A N° 8, párr. 25.

⁹⁷ Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A: Fallos y Opiniones. N° 6, párr. 32.

⁹⁸ Opinión Consultiva OC-8/87, (cit.), párr. 24.

al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad...⁹⁹.

Allí la Corte hace una distinción entre lo que podríamos definir como el *amparo* en sentido amplio y el *hábeas corpus*, poniendo de relieve que el primero – regulado en el artículo 25.1 – es una institución procesal¹⁰⁰ que tiene por objeto la tutela de todos los derechos recogidos por las Constituciones y leyes de los Estados partes y de la Convención¹⁰¹, siendo éste el género, mientras que el *hábeas corpus* es uno de sus aspectos específicos¹⁰² (especie).

Agregó más adelante que para que el *hábeas corpus* pueda cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad, exige la presentación del preso ante una autoridad judicial competente bajo cuya disposición debe quedar, a fin de impedir su desaparición o la indeterminación del lugar de su detención, así como para protegerlo contra la tortura u otros tratos inhumanos¹⁰³.

Cabe añadir – tal cual lo resalta JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA¹⁰⁴ – que en la aludida Opinión Consultiva la Corte afirmó en forma unánime que el “*amparo*” y el “*hábeas corpus*”, *no pueden ser suspendidos* – ni aun en los estados de excepción – conforme al artículo 27.2, porque constituyen garantías indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco deben suspenderse¹⁰⁵.

Esta plataforma basal fue ampliada luego, al señalar que dichas garantías fundamentales que subsisten en los estados de excepción¹⁰⁶ deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, amparados por el artículo 8 de la Convención¹⁰⁷.

⁹⁹ Párr. 33 (OC-8/87).

¹⁰⁰ Nosotros diríamos que corresponde al ámbito del Derecho Procesal Constitucional. Véase HITTERS, Juan C., “El derecho procesal constitucional y el control de constitucionalidad”, E.D., t. 56. pp. 56-69. Véase SAGÜES, Néstor Pedro, *El recurso extraordinario*, Depalma, T. I, pp. 3-15. Conf. GOZAINI, Osvaldo, *El proceso transnacional*, Ediar, 1992, p. 123.

¹⁰¹ Párr. 32.

¹⁰² Ello así – expresó la Corte – teniendo en consideración que de acuerdo con los principios básicos de ambas garantías, recogidas por la Convención y por los ordenamientos domésticos, se observa que en algunos casos el *hábeas corpus* se tipifica de un modo autónomo con la finalidad de proteger esencialmente el derecho a la *libertad personal* de los detenidos o de aquellos que se encuentren amenazados de ser encarcelados, pero en otras ocasiones, esta institución asume el nombre de *amparo de la libertad*, y forma parte integrante del amparo (párr. 34).

¹⁰³ Párr. 35.

¹⁰⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho interno”, San José, en *Revista del IIDH*, Enero/junio 1988, Nro. 7.

¹⁰⁵ Opinión Consultiva OC-8/87, (cit.), párrs. 24-25.

¹⁰⁶ Conforme artículo 27.2 *in fine* CADH.

¹⁰⁷ Opinión Consultiva OC-9/87, (cit.), párr. 19.

La Corte ha dejado bien en claro modernamente – como antes explicamos – que según el texto del mencionado artículo 7.6, el titular del ‘derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente para que éste decida sin demora sobre la legalidad de su arresto o detención’ corresponde a la ‘persona privada de libertad’, *si bien ‘los recursos pueden interponerse por sí o por otra persona’*¹⁰⁸. A diferencia del derecho reconocido en el artículo 7.5 de la Convención que impone al Estado la obligación de respetarlo y garantizarlo *ex officio*, el artículo 7.6 protege el derecho de la persona privada de libertad a recurrir ante un juez, independientemente de la observancia de sus otros derechos y de la actividad judicial en su caso específico, lo cual implica que el detenido efectivamente ejerza este derecho, en el supuesto de que pueda hacerlo y que el Estado efectivamente provea este recurso y lo resuelva¹⁰⁹.

Se ve entonces con nitidez la dicotomía que con buen tino marca el Tribunal entre los arts. 7.5 según el cual la autoridad competente debe actuar *de oficio*, y el art. 7.6, que *autoriza al detenido o a otra persona a ejercitar el hábeas corpus*.

Conviene reiterar una vez más que el debido proceso legal en general está resguardado en la Convención Americana directa o indirectamente por los arts. 7.5, 7.6, 8, 9 y 25. Por ello es necesario repetir que el derecho a la tutela efectiva incluye necesariamente el *hábeas corpus* que garantiza el acceso a un procedimiento específico para proteger el derecho a la libertad personal, y en paralelo el art. 27.2 del mismo instrumento, relativo a la suspensión de las garantías en los estados de emergencia, excluye la posibilidad de dejar sin efecto “las garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos inderogables entre los que se encuentran las acciones de *hábeas corpus* y de amparo¹¹⁰, lo que demuestra la vinculación indisoluble entre los preceptos citados.

86

El debido proceso legal. Defensa en juicio y amparo. Artículos 8 y 25

El debido proceso legal

Como hemos anticipado, el art. 8 del Pacto de San José que aborda algunas garantías judiciales, establece incluso los lineamientos del llamado *debido proceso legal*, que puede definirse como el derecho que tiene toda persona a ser oída, con las pertinentes garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley.

Lo mismo que en el ámbito europeo, la Convención de Costa Rica y la paralela jurisprudencia interamericana, han llevado a cabo un importante refuerzo en

¹⁰⁸ Caso “La Cantuta”, (cit.), párr. 112.

¹⁰⁹ Corte IDH, Caso “Yvon Neptune vs. Haití”, (cit.), párr. 114.

¹¹⁰ Corte IDH, Caso “Durand y Ugarte vs. Perú”. Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párr. 93.

el campo del debido proceso legal, imponiendo una serie de criterios que los Estados deben acatar.

Si bien el artículo 8 se refiere – en forma desordenada y poco clara – a las reglas rituales de esencia ‘penal’, ‘civil’, ‘laboral’, ‘fiscal’ y de ‘cualquier otro carácter’ (párr. 1)¹¹¹, lo cierto es que originalmente su contenido fue pensado como dirigido al juicio criminal. Empero, la propia Corte ha dilatado en la realidad esas salvaguardas a todo tipo de pleito¹¹², aunque con respecto a la doble instancia en materia no penal – como veremos –, el salto no ha llegado a esos extremos.

Se parte de la base – conforme quedó expresado – de que garantías son el conjunto de instrumentos y preceptos que sirven para proteger, asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho¹¹³.

Vale la pena recordar que desde hace más de dos décadas ese Tribunal ha señalado que el mencionado artículo 8 puede inducir a errores porque no consagra un recurso judicial propiamente dicho, sino “un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías según la Convención”¹¹⁴.

Ha expresado también desde antiguo que “el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible la solución justa de una controversia” a lo que han contribuido “el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”¹¹⁵. En este sentido, para la Corte, el artículo en cuestión consagra los lineamientos generales de la garantía que venimos abordando, la cual abarca las condiciones que deben acatarse para asegurar la adecuada defensa de aquellas personas cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial¹¹⁶.

En lo que tiene que ver con el concepto de garantías mínimas previsto para los pleitos penales en el apartado 2 de dicho precepto, y su aplicación a las contiendas de otro tipo, aquel organismo ha puntualizado “que el artículo 8 distingue entre acusaciones criminales y procesos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier

¹¹¹ HITTERS, *Derecho Internacional...*, ob. cit., T. II, p. 143.

¹¹² Ver Casos, “Tribunal Constitucional vs. Perú” (cit.); Corte IDH. Caso “Baena Ricardo y Otros vs. Panamá”, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C Nº 72; Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Nº 73; Corte IDH. Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C Nº 74; Corte IDH. Caso “de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 79.

¹¹³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.

¹¹⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párr. 27

¹¹⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 117.

¹¹⁶ HITTERS, Juan Carlos, “Los tribunales supranacionales”, cit. *supra* en nuestra nota 6, párr. C. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, (cit.).

otro carácter, pero aunque ordena que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías por un juez o tribunal en cualquier circunstancia, estipula adicionalmente, para el caso de las causas penales, un conjunto de bases mínimas... el concepto de debido proceso en tal ámbito incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas así el Pacto resume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal¹¹⁷.

También ha parado mientes la jurisprudencia de referencia en que el debido proceso, como derecho, debe exigirse ante *cualquier autoridad estatal*, no sólo ante los cuerpos jurisdiccionales¹¹⁸.

Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho a ser oído por cualquier juez o tribunal competente esta expresión alude a *toda autoridad pública*, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Señaló en tal orden de pensamiento que todo órgano del Estado que ejerce funciones de carácter materialmente jurisdiccional, inclusive en el cuadrante administrativo, tiene la ineludible obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo mencionado¹¹⁹.

Ratificando ese criterio ha expresado que el artículo 8 – *sub examine* – no sólo apunta al campo judicial sino también a todo otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas¹²⁰, inclusive cuando se trate de pronunciamientos de ciertos órganos electorales¹²¹.

En referencia tácita al exceso ritual manifiesto, dijo que “es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades”. Añadiendo que el Estado debe garantizar el acceso a la Justicia, no sólo formal sino real (párr. 126)¹²², según ya lo anticipamos.

¹¹⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr. 24.

¹¹⁸ Corte IDH. Caso del “Tribunal Constitucional vs. Perú”. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C Nº 71.

¹¹⁹ Caso del “Tribunal Constitucional vs. Perú” (cit.), Caso “Baena, Ricardo”, párr. 124 (cit.).

¹²⁰ Ver Corte IDH. Caso “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C Nº 125, párr. 62; ídem Caso “Baena, Ricardo” (cit.).

¹²¹ Corte IDH. Caso “Yatama vs. Nicaragua”. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C Nº 127, párr. 149.

¹²² Corte IDH. Caso “Baena, Ricardo”. Excepciones preliminares, Sent. 31-01-1999, serie C Nº 25, párr. 33; Corte IDH. Caso de los 19 “Comerciantes vs. Colombia”. Excepciones Preliminares. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C Nº 93; véase también HITTERS-FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., T. I, p. 481. Sobre toda esta problemática puede consultarse el voto razonado del Juez CANÇADO TRINDADE en Corte IDH. Caso “de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Nº 140; ídem Corte IDH. Caso “Cantos vs. Argentina”. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C Nº 97, párrs. 49 y 52.

Plazo razonable

En lo atinente al plazo razonable para la duración del juicio (art. 8.1), ha enfatizado ese Tribunal que tiene como finalidad impedir que los procesados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que la causa se decida prontamente¹²³.

Los jueces interamericanos integrantes de ese órgano supremo han llevado a cabo un muy importante trabajo delineando el torso – durante más de dos décadas – de esta trascendente problemática. De ahí que abordarla *in totum* escapa a las metas que nos propusimos.

En efecto, el Tribunal tantas veces aludido ha señalado que el derecho de acceso a la Justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable¹²⁴, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales¹²⁵. Este postulado se debe apreciar – ya lo anticipamos – en relación con la *duración ‘total’* del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicte la decisión definitiva, incluyendo los recursos, y el plazo comienza con el primer acto de procedimiento dirigido contra determinada persona como probable responsable de cierto delito¹²⁶.

Desde antiguo la jurisprudencia del cuerpo de marras venía diciendo que era preciso evaluar tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: 1) la complejidad del asunto, 2) la actividad procesal del interesado, y 3) la conducta de las autoridades judiciales¹²⁷. En los últimos tiempos la Corte ha estimado pertinente precisar que es necesario hacer un análisis de razonabilidad tomando en cuenta *la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos*, la materia objeto de controversia¹²⁸. Lo que a nuestro modo de ver constituye el cuarto elemento que debe tenerse presente para valorar globalmente la razonabilidad cronológica¹²⁹.

¹²³ Corte IDH. Caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 70.

¹²⁴ Corte IDH. Caso “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 154. Cfr. “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador”. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 73; Caso “Heliodoro Portugal”, párr. 148, y Caso “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 59.

¹²⁵ Cfr. Caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 145; Caso “Heliodoro Portugal”, párr. 148, y Caso “Salvador Chiriboga”, párr. 59.

¹²⁶ Cfr. Caso “Suárez Rosero”, párr. 71; Caso “Bayarri vs. Argentina”. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 105, y Caso “Heliodoro Portugal”, párr. 148.

¹²⁷ Cfr. Caso “Genie Lacayo vs. Nicaragua”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; Caso “Bayarri”, párr. 107, y Caso “Heliodoro Portugal”, párr. 149.

¹²⁸ Corte IDH. Caso “Valle Jaramillo”, cit., párr. 155.

¹²⁹ Corte IDH. Caso “Kawas Fernández vs. Honduras”. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196. Véase ALBANESE, Susana, “Un nuevo criterio para determinar el plazo razonable”, en Jurisprudencia

Continúa señalando ese Tribunal que “... si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento *corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve ...*”¹³⁰ (énfasis añadido).

Otro adelanto moderno en esta temática es que la Corte ha entendido que el *plazo razonable* se debe computar *a partir de que por cualquier circunstancia, aun antes de la detención, se afecte la libertad en sentido amplio del ser humano y hasta que la sentencia quede firme*, como más adelante veremos.

La doble instancia en la jurisprudencia de la Corte IDH. Artículo 8.2.h. Derecho a recurrir

Generalidades

Preceptúa el artículo 8.2 h) que el inculpado de un delito tiene “*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”.

La fuente directa de este dispositivo es el artículo 14.5 del PIDCyP que dispone que “*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley*”.

El artículo 7.2 i) del Proyecto de la Comisión IDH preveía esta vía impugnativa contra “*el fallo de primera instancia*”¹³¹. Esta norma fue preparada por dicho órgano de la OEA y presentada finalmente en el año 1969, en Costa Rica cuando se sancionó la CADH¹³².

90

Argentina, Fascículo 11, 2009, II, p. 03; con buen tino señala esta autora que “la afectación generada en la situación jurídica de la *persona involucrada* en el proceso suscita más dudas que certezas. El juez nacional podría involucrar estas palabras en innumerables situaciones donde el procedimiento debería correr con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. En todo caso, nos remitimos al reconocimiento de que el juez, siendo maestro de su jurisdicción, debe emplear todos los medios para evitar la dilación de todos los procesos, no sólo de algunos; para todas las personas, no sólo para algunas. Si se tuviese que evaluar las afectaciones creadas en la situación jurídica de las personas involucradas, se entraría en un campo resbaladizo de variadas conjeturas circunstanciales que podrían disolver la mejor de las intenciones del intérprete”. La misma duda la tiene el juez de la Corte Sergio GARCÍA RAMÍREZ cuando explica el cuarto elemento del plazo razonable.

¹³⁰ Corte IDH. Caso “Valle Jaramillo”, cit., párr. 155.

¹³¹ Creemos que esta redacción no era correcta, y se hizo muy bien en modificarla, porque al hablar de “*primera instancia*”, no se contempla la posibilidad de atacar un pronunciamiento de “*instancia única*”, como son los que, por lo general se emiten en los procesos orales en materia criminal, que tienen preeminencia en los códigos americanos domésticos (véase *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal. Modelos para Iberoamérica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, preparado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, donde se propone la preeminencia de la oralidad tanto en materia civil como criminal).

¹³² Véase HITTERS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. I, V.1, parágrafo 10.

La Corte Interamericana ha considerado en general que el derecho a recurrir un pronunciamiento judicial es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. Esta vía – remarcó – debe ser permitida antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. En ese sentido añadió que se intenta proteger el derecho de defensa otorgando durante el pleito la posibilidad de incoar un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que pueda contener errores que originen un perjuicio indebido a los intereses de una persona¹³³.

En tal orden de ideas ha indicado que esta potestad impugnativa no se satisface con la mera “existencia” de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que exista una verdadera revisión del fallo – dijo ese organismo – es necesario que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales para conocer del caso concreto; “...conviene subrayar que el *proceso penal* es uno solo a través de sus diversas etapas¹³⁴, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia...”¹³⁵ (énfasis añadido).

¹³³ Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 158. Ha reiterado que “...La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable [...] La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado [...] Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso...” (Corte IDH, Caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206, párrs. 88, 89 y 90).

¹³⁴ Cfr. Caso “Castillo Petruzzi y otros”. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 161.

¹³⁵ Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (cit.), párr. 159. En el Caso “Baena” ya había señalado que “...además, el artículo 29.a) de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana, en el sentido de permitir que ningún órgano supervise el cumplimiento de las sentencias por parte de los Estados responsables, iría en contra del objeto y propósito de dicho tratado, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional y la consecuente ejecución de lo decidido por éste. Permitir a los Estados

Sostuvo en el caso “Baena”¹³⁶ y lo repitió en “Herrero Ulloa”¹³⁷ que “...De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos¹³⁸, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado *debe ser un recurso ordinario eficaz* mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos...”¹³⁹ (lo remarcado no pertenece al texto original). Este criterio ya había sido fijado en el caso “Castillo Petruzzi” en 1999¹⁴⁰.

Lo cierto es que el Convenio Europeo no contiene un dispositivo así, por lo que debió ser completado por el Protocolo 7º, del 22 de noviembre de 1984, que incorpora tal carril de ataque *contra los fallos condenatorios*¹⁴¹ de toda persona declarada culpable de una *infracción penal*, la que tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un Tribunal superior. El ejercicio de este derecho incluye que los motivos por los que puede ser ejercitado deben ser regulados por la ley. Aclarando en su apartado 2 que tal vía puede estar sujeta a excepciones respecto de las infracciones *de carácter menor definidas por la ley*, así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un Tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución¹⁴².

Como se advierte fácilmente, el documento internacional de marras *habla de doble instancia sólo para los casos de sentencias condenatorias en ‘materia penal’*.

Antes que nada conviene destacar que también en el ámbito interamericano la posibilidad impugnativa que estamos estudiando, fue pensada en principio sólo

que cumplan las reparaciones ordenadas en las sentencias sin una adecuada supervisión equivaldría a dejar a su libre voluntad la ejecución de lo dispuesto por el Tribunal...” (Corte IDH, Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C No. 104).

¹³⁶ Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, (cit.).

¹³⁷ Párr. 171.

¹³⁸ Cfr. Caso “Baena Ricardo y otros”, (cit.), párr. 95; Caso “Cantos vs. Argentina”. Sentencia de 7 de septiembre de 2001, Serie C No. 85, párr. 37; y Caso “Constantine y otros vs. Trinidad y Togo”. Sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C No. 82, párr. 86.

¹³⁹ Corte IDH. Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, (cit.), párr. 161. Cfr. Caso “Baena Ricardo y otros”, (cit.), párr. 77; Caso “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, (cit.), párr. 117; y Caso “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”. Sentencia de 26 de noviembre de 2003, Serie C No. 102, párr. 121.

¹⁴⁰ Corte IDH. Caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, (cit.), párr. 161.

¹⁴¹ HITTERS-FAPPIANO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 2007, T. I, V. 2, p. 638.

¹⁴² HITTERS-FAPPIANO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. I, V. 2, p. 650.

para los *juicios criminales*, ya que el artículo 8.2. del Pacto de San José de Costa Rica – cuando se ocupa específicamente de esta problemática –, permite tal sendero para los casos de personas ‘inculpadas de delitos’, aunque como veremos esta afirmación tiene algunos detractores.

No se debe perder de vista a la par que a su vez el artículo 8.1 – cuando se refiere al *plazo razonable* –, extiende en general las garantías del Pacto a los procesos de esencia civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Como se ve, la norma comentada habla de un “*juez o tribunal superior*”, a diferencia del modelo de la ONU que sólo hace referencia a un “tribunal” superior. Se nos ocurre que los “legisladores” del instrumento americano han querido dar dos opciones para que no se entienda que el *ad quem* deba ser necesariamente colegiado. Ello así si se tiene en cuenta que en la terminología de nuestro continente, cuando alude a un “tribunal”, por lo general se estima que es pluripersonal. Si comparamos los respectivos preceptos del Protocolo 7º (europeo) y el artículo 14.5 del PIDCyP (ONU) veremos que los dos permiten el recurso contra *fallos condenatorios* frase que está ausente en el art. 8.2.h de la CADH. Nos parece que en este aspecto el sistema de la Convención de Costa Rica es técnicamente más afinado, porque en puridad procesal, sólo se puede recurrir de lo que causa agravio¹⁴³, por lo que es impensable que el encartado quiera atacar un pronunciamiento que lo absuelve, dado que carecería de interés.

Entendemos que el recurso al que se refiere el art. 8.2.h debe ser amplio¹⁴⁴, es decir de los llamados *ordinarios*¹⁴⁵, que permitan la revisión de las cuestiones de hecho y de derecho, aunque la temática se complica en aquellos países que contemplan una instancia única y oral, pues allí el contralor recursivo se dificulta, si la vista de la causa no está totalmente registrada.

En la República Argentina el Estado se comprometió hace ya tiempo a incorporar la obligatoriedad del otorgamiento del recurso para la *revisión de condenas* en el anteproyecto del nuevo Código Procesal Penal de la Nación¹⁴⁶.

En los procesos minoriles el órgano judicial interamericano ha dejado en claro en su Opinión Consultiva 17¹⁴⁷, que la doble instancia se aplica también a los juicios de menores en virtud de lo dispuesto en los artículos 8.2.h de la CADH y art. 40.b. inc. v) de la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto esta

¹⁴³ HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios*, Platense, La Plata, 2ª edición, 1998, p. 53.

¹⁴⁴ CSJN, “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa”, Causa N° 1681C. C. 1757. XL, 20 de septiembre de 2005.

¹⁴⁵ HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios*, ob. cit., p. 285.

¹⁴⁶ La defensora Stella Maris Martínez se reunió en Washington con los miembros de la Comisión Interamericana y trataron su denuncia sobre la necesidad de que el Estado argentino garantice la revisión de condenas.

¹⁴⁷ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

última norma dice que "...v) Si se considerare que el niño ha infringido, en efecto las leyes *penales*, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley..." (lo remarcado nos pertenece).

¿La doble instancia se aplica en todo tipo de proceso o sólo en los de esencia penal?

Antes de seguir adelante con esta problemática conviene contestar la pregunta del epígrafe, respecto de si el art. 8.2.h CADH que impone "el derecho a recurrir del fallo"¹⁴⁸ se aplica solamente a los procesos de esencia típicamente penal, como parece indicarlo en forma indiscutible la referida norma en su inciso 2, cuando dice que la figura impugnativa tiene vigencia para "toda persona inculpada de 'delito'" (énfasis añadido); o si tal preceptiva es válida para todo tipo de proceso, incluyendo aquellos que no tengan una naturaleza típicamente sancionatoria¹⁴⁹.

Conviene alertar que – como luego veremos –, de la letra de la Convención y de sus trabajos preparatorios – *travaux preparatoires* – puede colegirse que su art. 8.2.h está diseñado y pensado *para toda persona inculpada de un delito*¹⁵⁰.

Aunque no podría descartarse que actualmente sea válido – según las circunstancias – para otros pleitos de eminente esencia penal y para casos excepcionalísimos, como lo hemos sostenido hace más de 15 años¹⁵¹.

94

Lo cierto es que el Tribunal regional viene abordando la cuestión aquí analizada y en puridad de verdad parécenos que no se ha expedido en forma concreta y clara en lo que tiene que ver con la doble instancia en los pleitos no criminales. Si analizamos su jurisprudencia a partir de los años 90, advertiremos que lo que se ha señalado es que en todos los pleitos se debe poner en juego no sólo el art. 8.1, sino también el 8.2, para garantizar el debido proceso legal.

Empero, no parece surgir de manera asertiva e indiscutible – sino lo contrario por ahora –, que la figura del doble conforme sea aplicable lisa y llanamente a los

¹⁴⁸ Respecto del valor de las sentencias de la Corte IDH, véase el reciente dictamen del Procurador General de la Nación Argentina en el caso "A., Jorge Eduardo y otro s/Recurso de casación" (A. 93, L. XLV – 10/3/2010). Allí se plantea que por un lado ninguna disposición del pacto dispone que la jurisprudencia de la Corte IDH sea vinculante y mucho menos *erga omnes*, y también señala que son obligatorias las sentencias, no la jurisprudencia en general; para el "caso concreto", siempre y cuando no desconozcan "derechos fundamentales" del orden jurídico interno. Tal criterio no es compartido por nosotros. Véase también GELLI, María Angélica, "El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso 'Bayarri' en un dictamen de la Procuración General de la Nación" (LL, 01/06/2010, p. 1).

¹⁴⁹ Véase el libro de Ponencias del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en Buenos Aires entre el 11 y el 13 de noviembre de 2009, págs. 774 y, 797 y siguientes.

¹⁵⁰ Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos. OEA. Serie K XVI 1.2. Washington DC, 1973.

¹⁵¹ HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. I, p. 337.

juicios que podríamos llamar – haciendo una amplia generalización – de esencia civilística o no penal.

Si ponemos bajo el microscopio los fallos de ese Tribunal que algunos autores utilizan para extender el contralor impugnativo, veremos que la respuesta no arroja un resultado contundente en tal sentido, como más adelante lo pondremos de relieve.

En efecto, en la OC-11/90¹⁵², se le consultó a la Corte si se aplicaba el requisito de agotar los recursos internos a un indigente, que debido a circunstancias económicas, no era capaz de hacer uso de los recursos jurídicos. Allí el organismo se ocupó de la cuestión del debido proceso legal, sin hacer referencia expresa al tema que nos convoca, contestando que “...en materias que conciernen con la *determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter* el artículo 8 no especifica *garantías mínimas*, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de *debidas garantías* se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso...”¹⁵³ (la cursiva es del original).

Si se observa con detenimiento dicho pronunciamiento se advierte que en ningún momento hace referencia a la *doble instancia en materia penal*. Sólo discurre sobre generalidades atinentes al *due process of law* sosteniendo que el concepto de debidas garantías es válido para todo tipo de enjuiciamiento.

Nadie le planteó a la Corte en esa oportunidad si la doble instancia era obligatoria para todos los procesos. Sin embargo la conclusión fijada en la Opinión Consultiva de referencia, fue luego citada reiteradamente por el propio Tribunal en varios fallos posteriores, con la misma generalización que surge del pronunciamiento comentado.

La verdad es que cuando se refirió expresamente a la doble instancia (art. 8.2.h), lo hizo – como veremos –, casi siempre en los casos de naturaleza criminal, remarcando la necesidad de que la decisión final no quede en manos de un solo órgano jurisdiccional.

En el año 1998, en el Caso “de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros)”¹⁵⁴, estaban en juego delitos típicamente *penales*, como el secuestro, la detención ar-

¹⁵² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A No. 11.

¹⁵³ Opinión Consultiva OC-11/90, (cit.), párr. 28.

¹⁵⁴ Corte IDH, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala”. Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37.

bitraria, el trato inhumano, la tortura y el asesinato, cometidos por agentes del Estado de Guatemala contra 11 víctimas. Allí el Tribunal ratificó textualmente lo anticipado en la OC-11/90, pero con la aclaración de que en la segunda instancia la Alzada doméstica había sobreseído a los encartados sin la debida fundamentación¹⁵⁵, con el objeto de proteger a los militares que habían actuado en esa oportunidad, y declaró en paralelo que el Estado guatemalteco “...debe realizar una investigación real y efectiva para determinar las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta Sentencia y, eventualmente, sancionarlos...”¹⁵⁶.

En puridad de verdad, lo que hizo tal cuerpo fue anular todo el proceso judicial, *por haberse llevado adelante sin las debidas garantías*.

Poco tiempo después, en el año 1999, dicho organismo judicial se ocupó nuevamente de este tema en el Caso “Castillo Petruzzi”¹⁵⁷, en el que varias personas habían sido ‘condenadas’ en el fuero militar por el delito de traición a la patria. Dijo allí que “...la Corte advierte que, según declaró anteriormente, los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural establecida por el artículo 8.1 de la Convención. El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa, el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece...”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, (cit.), párr. 147.

¹⁵⁶ Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, (cit.), párr. 181.6.

¹⁵⁷ Corte IDH, Caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, cit.

¹⁵⁸ Caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, (cit.), párr. 161.

Como se observa, éste es un típico asunto ‘*penal*’ en el que la Corte aborda a cabalidad la necesidad de la doble instancia en dicho fuero, expresando que “...el Estado violó el art. 8.2.h de la CADH...”¹⁵⁹. Sostuvo allí en forma clara que el derecho a recurrir el fallo implica “...una revisión de los hechos objeto de la causa, un estudio acabado del juicio, dando de esta forma garantías reales a los acusados de que su causa será vista y sus derechos serán garantizados en conformidad a los principios del debido proceso establecidos en el artículo 8 de la Convención, antecedentes que no se cumplieron en la presente causa, habiéndose en consecuencia violado el artículo 8, párrafo 2, letra h) de la Convención...”¹⁶⁰.

Creemos que éste fue el primer pleito donde la Corte IDH se ocupó en forma amplia y expresa del art. 8.2.h, sosteniendo la necesidad de la doble instancia *en el campo punitivo*.

Aquí vale la pena repetir – permítenosme la hipérbole – que se trataba de un juicio de tipo criminal donde el Tribunal interamericano aplicó sin titubear – como no podía ser de otro modo –, la necesidad del doble control en el ámbito del proceso penal; mas tal conclusión no permite inferir que dichas reglas recursivas se extiendan a todos los procesos.

En el año 2001 en el Caso del “Tribunal Constitucional”¹⁶¹, la Corte volvió sobre esta temática; se trataba de un *juicio político* contra jueces del Tribunal Constitucional en la época de Fujimori, habiendo sido los magistrados despedidos de manera irregular. Ellos acudieron a la Corte IDH luego de pasar por la Comisión IDH. Aquel cuerpo jurisdiccional consideró que el Estado peruano había desoído varias normas sobre el debido proceso legal, por lo que dispuso la indemnización patrimonial a favor de dichos jueces¹⁶².

Aquí repitió lo que había expresado en la OC-11/90, pero la verdad es – y esto debe quedar bien claro – que en ningún momento se habló del apartado h del inciso 2 del artículo 8, sólo se transcribió dicho artículo (referido a la doble instancia). Simplemente el fallo dejó en claro que el Estado había infringido el derecho a defensa en juicio. Téngase en cuenta que no se trató de trámite criminal, sino de un proceso de enjuiciamiento de magistrados llevado a cabo ante el Congreso.

En definitiva el vicio respecto de la cesantía de los jueces decretada en el ámbito interno se concretó por violación del debido proceso (párrs. 80 y 83), especialmente por falta de independencia de los juzgadores y no por ausencia de la Alzada.

¹⁵⁹ Caso “Castillo Petrucci y otros vs. Perú”, (cit.), párr. 226.6.

¹⁶⁰ Caso “Castillo Petrucci y otros vs. Perú”, (cit.), párr. 158.b.

¹⁶¹ Corte IDH, Caso “del Tribunal Constitucional vs. Perú”. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

¹⁶² Caso “del Tribunal Constitucional vs. Perú”, (cit.), párr. 130.

En el caso Caso “Ivcher Bronstein”¹⁶³, fallado en el mismo año, se reclamó ante la Corte que Perú privó ilegítimamente de esa nacionalidad al señor Baruch Ivcher Bronstein – ciudadano de dicho país por naturalización –, que era el accionista mayoritario y Presidente del Directorio de la Emisora de Televisión (Canal 2 Frecuencia Latina). Los denunciantes sostuvieron que se lo enjuició con el objeto de desplazarlo del control editorial de dicha emisora y de coartar su libertad de expresión. También se le expropiaron sus bienes de manera ilegal.

En verdad el desarrollo fáctico y jurídico del asunto permite poner de relieve que se trató de una resolución emitida en el Derecho interno en un *proceso administrativo*, que luego fue recurrida ante los Tribunales judiciales¹⁶⁴. La Corte consideró inválidas esas decisiones ya que el Estado al crear Salas y Juzgados Transitorios especializados de Derecho Público, y designar a los jueces en el momento en que ocurrían los hechos del caso *sub judice*, *no garantizó al reclamante ser juzgado por jueces de los tribunales creados con anterioridad a la ley* (art. 8.1 CADH) (párr. 114).

En el asunto que estamos analizando no estaba implicada una cuestión penal propiamente dicha sino más bien de tipo administrativo, donde estuvo en juego un pleito que podríamos considerar viciado de nulidad por ser fallado – como vimos – por jueces no independientes.

98

Si bien el Tribunal habla allí – erróneamente y *obiter dictum* – del art. 8.2.h¹⁶⁵, lo cierto es que a lo que está aludiendo es a la violación de las garantías judiciales en general que regula dicha norma, *pero en ningún momento se dijo que faltó a la doble instancia*, en ese tipo de debates donde – vale la pena señalar –, no estaban sobre el tapete cuestiones criminales en sentido estricto. Aplicó aquí la generalización que había nacido en la 11 Opinión Consultiva.

También en el año 2001 ese órgano recaló sobre esta problemática en el Caso “Baena Ricardo”¹⁶⁶. Se trataba de 270 empleados públicos que fueron destituidos de sus cargos en un proceso administrativo por cuestiones laborales, por participar de una manifestación en reclamos relativos a sus tareas.

Ahí sostuvo la Corte que “...si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las

¹⁶³ Corte IDH, Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 114.

¹⁶⁴ Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”, (cit.), párr. 111.

¹⁶⁵ Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”, (cit.), párr. 191.2.

¹⁶⁶ Corte IDH, Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. Véase también Corte IDH, Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C No. 104, párr. 3.

instancias procesales' a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos¹⁶⁷. Es decir, *cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal...*¹⁶⁸ (énfasis añadido) [...] "...la Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden 'civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter'. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, *tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes...*"¹⁶⁹ (lo remarcado no está en el texto original).

Siguió diciendo el Tribunal que "...en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso..."¹⁷⁰ [...] "...es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas..."¹⁷¹.

En este pleito los damnificados impugnaron sin éxito a través de varios procesos judiciales las 'medidas administrativas'¹⁷². Por consecuencia, la Corte declaró que se habían violado varios preceptos de la CADH, entre ellos los artículos 8.1 y 8.2.

La Corte IDH se refirió a la necesidad de control jurisdiccional de un proceso administrativo "sancionatorio", como ella misma lo calificó¹⁷³.

¹⁶⁷ Cfr. Caso "del Tribunal Constitucional", párr. 69; y Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

¹⁶⁸ Caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", (cit.), párr. 124; en el Caso "de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay" (cit.) se cita a "Baena".

¹⁶⁹ Caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", (cit.), párr. 125.

¹⁷⁰ Caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", (cit.), párr. 126.

¹⁷¹ Caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", (cit.), párr. 127.

¹⁷² Caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", (cit.), párr. 135.

¹⁷³ Caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", (cit.), párr. 126.

Más adelante dice el fallo que “...al considerarse la Ley 25 constitucional y al derogar ésta la normativa vigente al momento de los hechos por tener carácter retroactivo, los trabajadores tuvieron que acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante demandas contencioso-administrativas. En estos procesos los trabajadores no contaron con amplias posibilidades de ser oídos en procura del esclarecimiento de los hechos. Para determinar que los despidos eran legales, la Sala Tercera se basó exclusivamente en el hecho de que se había declarado que la Ley 25 no era inconstitucional y en que los trabajadores habían participado en el paro contrario a la democracia y el orden constitucional. Asimismo, la Sala Tercera no analizó las circunstancias reales de los casos y la comisión o no, por parte de los trabajadores despedidos, de la conducta que se sancionaba. Así, no consideró los informes en los cuales se basaron los directores de las diferentes entidades para determinar la participación de los trabajadores en el paro, informes que ni siquiera constan, según las pruebas aportadas, en los expedientes internos. La Sala Tercera, al juzgar con base en la Ley 25, no tomó en cuenta que dicha ley no establecía cuáles acciones atentaban contra la democracia y el orden constitucional. De esta manera, al acusar a los trabajadores de participar en un cese de actividades que atentaba contra la democracia y el orden constitucional, se les culpaba sin que estas personas hubieran tenido la posibilidad, al momento del paro, de saber que participar en éste constituía causal de una sanción tan grave como el despido. La actitud de la Sala Tercera resulta más grave aun, si se considera que sus decisiones no eran susceptibles de apelación, en razón de que sus sentencias eran definitivas e inapelables...”¹⁷⁴ [...] “...el Estado no proporcionó elementos sobre los casos de todos los trabajadores, y de los que proporcionó se desprende la ineficacia de los recursos internos, en relación con el artículo 25 de la Convención. Así se evidencia que los tribunales de justicia no observaron el debido proceso legal ni el derecho a un recurso efectivo. Como fue expresado, los recursos intentados no fueron idóneos para solucionar el problema del despido de los trabajadores...”¹⁷⁵.

Se observa en este pronunciamiento que el Tribunal interamericano abordó dos cuestiones, una referida a la irregularidad del trámite llevado a cabo por ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá; y otra, la falta de apelación en este pleito que – en parte – se ventiló en instancia única ante dicho cuerpo supremo de Justicia panameño (párrs. 140 y 141).

Puede decirse que en estos procesos la Corte IDH dejó bien en claro que estaban en juego temas no penales, puesto que no había allí tipificación de ningún delito ni imposición de pena, y añadió sin rodeos que la cuestión era de índole administrativa o laboral (párrs. 123 y 124).

¹⁷⁴ Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, (cit.), párr. 140.

¹⁷⁵ Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, (cit.), párr. 141.

Debe tomarse en consideración que el Caso “Baena” por sus particularidades *no puede ser citado como paradigma de la doble instancia en temas no penales*.

El argumento de la falta de apelación ha sido esgrimido *a fortiori* por las características especiales de ese conflicto para desterrar la discrecionalidad administrativa.

En efecto, en el pleito de marras hubo una serie de irregularidades procesales violatorias del postulado del debido proceso legal¹⁷⁶; la falta de la doble instancia fue utilizada por el Tribunal del Pacto de San José a todo evento y como argumento reforzante, pero no ha sido causal de la invalidación del fallo pues el cuerpo interamericano quiso decir – creemos – que la vía judicial no podía arrancar directamente ante el órgano judicial de la máxima jerarquía luego de un proceso administrativo donde se habían violado todas las garantías procesales.

En el Caso “Herrera Ulloa”¹⁷⁷, sentenciado en el año 2004, el organismo de marras aludió nuevamente a la problemática aquí abordada. Se trataba de ‘una *sentencia penal condenatoria*’ contra un periodista por una publicación difamatoria. Lo cierto es que el decisorio apuntado se ocupó ampliamente de la doble instancia, pero en un *típico pleito criminal* que en definitiva ratifica lo dispuesto por la CADH en el art. 8 .2.h., por lo que poco aporta a la eventual dilatación interpretativa de tal precepto.

En este asunto quedó condenado un periodista por calumnias publicadas en un diario. Conviene aclarar que aquí la Corte inspeccionó la legislación costarri-

¹⁷⁶ Señaló que “...las víctimas de esta causa no fueron sometidas a un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución. El Presidente de la República determinó que había una vinculación entre el paro de labores de los trabajadores estatales y el movimiento del Coronel Eduardo Herrera Hassán y, con base en ello, ordenó que se despidiese a los trabajadores que habían participado en dicho paro, presumiéndose su culpabilidad. Incluso, la forma utilizada para determinar quiénes habían participado en la organización, llamado o ejecución del paro nacional efectuado el 5 de diciembre de 1990, esto es, la identificación del inculcado por parte del directivo de cada institución, utilizando en algunos casos ‘informes’ realizados por diversos jefes de la entidad, significó la negación a los trabajadores de un proceso formal previo a la destitución. Una vez identificado el trabajador que supuestamente había infringido la norma, se procedía a despedirlo mediante la entrega de una carta, sin permitírsele presentar alegatos y pruebas en su defensa. Una vez impuesta la sanción, el funcionario público podía solicitar su reconsideración a la misma autoridad que lo había despedido, así como apelar ante el superior jerárquico de dicha autoridad. Sin embargo, consta en el acervo probatorio de este caso que no todos los recursos interpuestos fueron siquiera contestados, lo cual implica una violación al derecho de recurrir...” (párr. 133) [...] “...no escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana...” (párr. 134).

¹⁷⁷ Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107. Véase también Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de septiembre de 2005, en especial párrs. 7, 9, 9.e, 16, 17, 18 y 19.

cense, que no impone una doble instancia amplia contra este tipo de decisiones, ya que sólo incluye una especie de recurso de casación ‘reducido’, que no permite un contralor de los hechos y del derecho como en verdad corresponde, como sucedía en la Argentina antes del fallo “Casal” resuelto por la Corte Suprema de Justicia¹⁷⁸.

Lo que en definitiva puso de relieve el decisorio analizado es que¹⁷⁹ “... de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho Tratado [recuérdese que aludía a un proceso penal] debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos ...”¹⁸⁰.

Como vimos en este caso de sustancia *típicamente penal*, la Corte se explayó sobre el art. 8.2.h y la necesidad de la doble instancia, pero – repetimos –, se trataba de una cuestión de esencia criminal¹⁸¹.

¹⁷⁸ CSJN, fallo “Casal” (cit.).

¹⁷⁹ Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, (cit.), párr. 161.

¹⁸⁰ Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó “...que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto [O.N.U., Comité de Derechos Humanos, *M. Sineiro Fernández c. España* (1007/2001), dictamen de 7 de agosto de 2003, párrs. 7 y 8; y O.N.U., Comité de Derechos Humanos, *C. Gómez Vásquez c. España* (701/1996), dictamen de 20 de julio de 2000, párr. 11.1] ...”, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, (cit.), párr. 161.

¹⁸¹ En este asunto, el Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ (en su Voto Razonado), sostuvo “...la Convención Americana dispone, en materia de garantías judiciales, que el *inculpado de delito tendrá derecho a ‘recurrir del fallo ante juez o tribunal superior’* (artículo 2.h). *Esta garantía concurre a integrar el debido proceso legal, extendido por la Corte a todos los supuestos de enjuiciamiento, no sólo a los de carácter penal*, y que en mi concepto puede proyectarse también al sistema de protección judicial previsto en el artículo 25 del Pacto de San José, si se entiende que este recurso, con entidad propia que le distingue del procedimiento al que se refiere el artículo 8, debe ajustarse igualmente al régimen del debido proceso legal, con lo que esto implica...” (párr. 28) [...] “...en el orden del enjuiciamiento es bien conocido el sistema de *doble instancia*, con mayor o menor amplitud de conocimiento en el caso de la segunda, enderezada a reexaminar la materia que nutrió la primera y a confirmar, modificar o revocar, con apoyo en ese reexamen, la sentencia en la que ésta culminó. También existe la posibilidad de someter a control la resolución definitiva, esto es, la dictada en la segunda instancia – exista o no plazo legal para intentar el control –, a través de un medio impugnativo que permite examinar la conformidad de ese pronunciamiento con la ley que debió aplicarse, en el doble supuesto del *error in iudicando* y el *error in procedendo*...” (párr. 29) [...] “... desde luego, estoy consciente de que esto suscita problemas importantes. Existe una fuerte y

En dicho asunto el Tribunal dispuso que el derecho a recurrir un fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal. Claro está que si bien aquí se hace una nueva generalización, no podemos dejar de repetir una vez más que el pronunciamiento de referencia alude a un pleito de naturaleza típicamente punitiva¹⁸².

Conclusiones sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, en materia de doble instancia

Hemos querido hacer un detallado análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, tratando de escudriñar si la garantía de la doble instancia impuesta por el art. 8.2.h para la persona ‘inculpada’ de ‘un delito’¹⁸³ se aplica más allá de los asuntos de esencia penal, es decir todos los pleitos fuera cual fuere su esencia¹⁸⁴.

Conviene tener en cuenta, como ya lo adelantamos, que en el modelo europeo, que fue la fuente más directa de nuestra CADH, no existía un precepto que aludiera a la doble instancia, hasta que en el año 1984 el Protocolo 7º la impuso pero sólo contra los *fallos condenatorios*, respecto de una persona declarada *culpable de una infracción penal*. Vimos también que este documento internacional

acreditada tendencia, que se acoge, por ejemplo, en el excelente Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, compuesto por un selecto grupo de juristas, que opta por prescindir de la doble instancia tradicional y dejar subsistente sólo la casación, como medio de control superior de la sentencia. Esta opción se sustenta, entre otros argumentos, en el alto costo de la doble instancia y en la necesidad de preservar el principio de inmediación procesal, que no siempre impera en la apelación, bajo sus términos acostumbrados. Para retener los bienes que se asignan a la doble instancia seguida ante un juzgador monocrático, primero, y otro colegiado, después, cuyos integrantes pueden significar, colectivamente, una garantía adicional de sentencia justa, aquella opción contempla la integración plural del órgano de única instancia...” (párr. 35). No coincidimos en todo con la opinión de tan caracterizado Magistrado, habida cuenta de que por lo que llevamos dicho tenemos serias dudas de que la Corte IDH haya tenido en miras, hasta el presente, extender la doble instancia lisa y llana a todos los procesos, sea cual fuere su naturaleza, y si en el futuro lo hiciera tendría que tomar muy en cuenta las particularidades del Derecho interamericano, como asimismo que el modelo europeo mantiene la doble instancia sólo para algunos delitos penales (graves).

¹⁸² Por eso manda finalmente a adecuar el Derecho interno a lo establecido en el art. 8.2.h, criterio que ratificó en el caso homónimo ya citado del año 2005 (párr. 11.b).

¹⁸³ Como lo dice textualmente la norma.

¹⁸⁴ Coincidimos con GONZÁLEZ CAMPAGNA en que sin caer en una interpretación excesivamente literal es importante tener en cuenta las palabras de la Convención que con toda claridad se refieren al derecho de “toda persona inculpada de un delito”. Ello sin perjuicio de la hermenéutica evolutiva de la Convención y la eventual aplicación de la cláusula *pro homine* (art. 29.c) (GONZÁLEZ CAMPAGNA, Germán, “Relato General” presentado en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, en Homenaje a Augusto Mario Morello, Buenos Aires, 2009, págs. 774 a 779). En el mismo sentido véase IBARLUCÍA, Emilio, “¿Es una exigencia constitucional la doble instancia en el proceso civil”, en La Ley, 24 de junio de 2010. KIELMANOVICH opina que en materia penal resulta imprescindible la doble instancia, lo mismo que en los casos que resulta aplicable la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (KIELMANOVICH, Jorge, “La doble instancia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en La Ley, 2006-C-964).

relativizó la posibilidad recursiva duplicada, aun respecto a las decisiones de esencia penal, delegando en una ley del Derecho interno las excepciones a la regla para las ‘infracciones’ de menor gravedad. Esto último significa que aun en las faltas leves de materia criminal es posible en el Viejo Continente evitar el doble conforme, si una ley lo dispusiera.

En lo que respecta al *modelo interamericano* no puede aseverarse en forma contundente – a nuestro modo de ver – que la Corte regional haya adoptado la doble instancia para todo tipo de causas¹⁸⁵.

Por el contrario consideramos que si bien no cabe hesitación respecto a que en los procesos criminales se aplica sin circunloquios el art. 8.2.h, no debe predicarse lo mismo para los litigios no penales, ya que si bien ese Tribunal ha extendido a partir de la OC-11/90 las garantías del artículo 8 a los juicios de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter, tal ‘dilatación’ de la regla no alcanza a la todos los litigios.

Importa reiterar que cuando ese cuerpo jurisdiccional se ocupó a fondo de esta problemática – doble instancia –, lo hizo para los juicios de contenido eminentemente criminal o sancionatorio.

Empero algunos consideran que en el caso “Baena” – ya aludido –, sentenciado en el año 2001, la Corte dio un paso más, extendiendo la posibilidad impugnativa al procedimiento administrativo sancionatorio (punitivo). No coincidimos con esta interpretación pues tal cual lo adelantamos, juzgamos que en ese asunto el Tribunal interamericano – en un fallo no del todo claro – lo que en verdad dijo – o quiso decir, suponemos –, es que en el procedimiento administrativo – como en cualquier otro –, debe respetarse el debido proceso legal, añadiendo que los principios que iluminan el pleito administrativo sancionatorio son similares a los del juicio criminal, ya que en ambos está en juego el poder punitivo del Estado. En suma, lo que queda en claro es que en este tipo de pleitos no están excluidas de acatar las garantías mínimas que imperan en la CADH¹⁸⁶, en lo que hace al *due process of law* (art. 8.1 CADH).

¹⁸⁵ En contra Cámara Civil y Comercial, Mar del Plata, Sala 2º, 14/04/07. Allí se dice -en opinión que no compartimos- que el art. 8.2.h se aplica también a los procesos civiles. Ver fallo comentado por Adolfo A. RIVAS, J.A., 2008-I –, Fascículo 9, p. 15.

¹⁸⁶ En la OC-17 (Corte IDH., Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A No. 17), *referida a los Derechos Humanos del Niño*, la Corte IDH ha dicho “...la garantía procesal anterior se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior. Esta facultad ha quedado plasmada en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana y en el artículo 40.b inciso v) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que manifiesta: v) Si se considerare que el niño ha infringido, en efecto, *las leyes penales*, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley...” (párr. 121) (énfasis añadido) [...] y que “...el artículo 25 de la Convención Americana dispone que toda persona debe tener acceso a un recurso rápido y sencillo. En este marco se sitúan el amparo y el *hábeas corpus*, que no pueden ser suspendidos ni siquiera en la situación de excepción (Aquella ‘...disposición de carácter general [...] recoge la

Creemos que la Corte IDH debe tener mucho cuidado y total claridad cuando hace excesivas generalizaciones en esta materia, como lo hizo a partir de la OC-11/90, ya que si se entendiese que la doble instancia vale para todo pleito¹⁸⁷ sin ninguna excepción, *se minaría gran parte del Derecho interno de los países suscriptos al sistema*¹⁸⁸ que no contempla recursos contra ciertas decisiones, por ejemplo de los Tribunales laborales, de familia, civiles, etc.

En todo caso lo prudente sería remitir a la ley doméstica en los temas no penales como las infracciones de menor gravedad de esencia criminal, tal cual lo dispone el Protocolo 7º del Convenio Europeo (art. 2.2).

Lo que sí es imprescindible es el ‘entronque’ judicial, pero – repetimos – no el doble juzgamiento, salvo casos excepcionales de graves faltas en el trámite adjetivo, como sucedió en “Baena”.

Recordemos que el art. 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos sólo habla del derecho a la doble instancia respecto de “...toda persona culpable de un delito...” (lo remarcado nos pertenece), similar al criterio que modula el modelo europeo.

Hay que tener muy en cuenta la doctrina que sobre ésta y otras cuestiones fija la Corte IDH pues consideramos que – en principio – sus pronunciamientos son vinculantes para los poderes domésticos, incluyendo al Judicial¹⁸⁹.

Si bien es cierto que ese cuerpo tiene dicho que no controla el Derecho interno de los países ya que sólo se ocupa de que cumplan con los Tratados internacionales suscriptos¹⁹⁰, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal de marras tiene en la práctica un verdadero efecto expansivo¹⁹¹.

Para finalizar consideramos necesario reiterar que el art. 8.2.h de la Convención se aplica en principio sólo a los pleitos de naturaleza penal donde ha habido una condena.

institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención’. [*El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías*, arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, Serie A No. 8, párr. 34] ...” (párr. 122).

¹⁸⁷ Téngase en cuenta el costo económico que genera este procedimiento impugnativo y el tiempo que demanda transitar dos instancias.

¹⁸⁸ Obsérvese que en el Caso “Baena” el Tribunal parece cuestionar la falta de doble instancia en el caso de la acción de inconstitucionalidad llevada a cabo ante la Corte Suprema de Justicia de Panamá. De aplicarse a rajatabla ese supuesto postulado, quedaría en falsete la instancia única ante la CSN y ante los respectivos Tribunales Superiores de las provincias argentinas.

¹⁸⁹ HITTERS, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado”, cit.; Corte IDH, Caso “Acevedo Jaramillo vs. Perú” (cit.), párr. 167; ídem “Caso Almonacid Arellano” (cit.), párrs. 123 a 125.

¹⁹⁰ Corte IDH, Caso “Masacre de Pueblo Bello” (cit.), párr. 198.

¹⁹¹ Corte IDH, Caso “La Cantuta” (cit.), párr. 186, véase también HITTERS, Juan Carlos, “Son vinculantes...”, cit. *supra* en nuestra nota 6.

Extender dicha pauta a todos los procesos implicaría – como ya se dijo – un verdadero barquinazo para el Derecho interno de los países adheridos al Pacto de San José, que en la mayoría de los casos siguen todavía con la instancia única en varios tipos de enjuiciamiento.

La Corte Interamericana debiera ser muy cuidadosa y clara cuando interpreta la Convención pues ampliando mucho la hermenéutica de la norma convencional en cuestión podría minar – tal cual se anticipó – muchas instituciones domésticas.

La doble instancia en el derecho interno argentino (enfoque sintético)

La doble instancia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en el expediente “Recurso de Hecho deducido por Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina en la causa Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina s/Infracción a la Ley 22.802 – causa N° 38.104”, fallado con fecha 27-VI-2000 (*Fallos*, 323:1787), dijo que la aplicación de las normas internacionales que consagran la garantía de la doble instancia, se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una “persona inculpada de delito” o “declarada culpable de un delito”, por lo que resultan ajenas a su ámbito las sentencias que condenan o absuelven con motivo de la imputación de faltas, contravenciones o infracciones administrativas¹⁹².

Tal criterio ha sido reafirmado últimamente por el Alto Tribunal federal, en su nueva integración¹⁹³.

¹⁹² Doctrina reiterada en *Fallos*, 325:2711 (“Butyl”).

¹⁹³ En efecto, por una parte los Jueces FAYT, LORENZETTI y ARGIBAY, en el marco de un incidente de revisión de un concurso preventivo, sostuvieron que “...la aplicación del art. 8° inciso 2°, ap. h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra la garantía de la doble instancia, se halla supeditada a la existencia de un fallo final dictado contra una persona ‘inculpada de delito’ o ‘declarada culpable de un delito’ (Fallos T. 323, P. 1787). Es decir, dicha garantía no tiene jerarquía constitucional en juicios civiles (Fallos T. 323, P. 2357, voto del juez Petracchi), por lo que el debido proceso legal en causas como el *sub lite* no se afecta por la falta de doble instancia, salvo cuando las leyes específicamente lo establecen...” (*Fallos*, 329:1180, abril 2006).

Por la otra, los Ministros LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA y ARGIBAY, en un caso en que se cuestionaba la sanción de multa del diez por ciento de la remuneración que por todo concepto percibe un juez de primera instancia aplicada a los letrados firmantes de un escrito que contenía imputaciones injuriosas hacia los magistrados intervinientes, al remitir al dictamen del procurador fiscal subrogante, hicieron propio el criterio según el cual “...desde antiguo, la Corte sostiene que la doble instancia judicial no es, por sí misma, requisito constitucional de la defensa en juicio (Fallos T. 244, P. 301; T. 318, P. 514; T. 319, P. 699; T. 320, P. 2145; T. 322, P. 2488; T. 324, P. 2554, todos ellos *mutatis mutandi*), jurisprudencia enteramente aplicable al *sub lite* en tanto la sanción impuesta no tiene sustancia penal, sino disciplinaria” (*Fallos*, 330:1036, marzo de 2007).

En abril de 2007, al resolver la causa “Marchal” (P-86.954 “Marchal”, ED, 23-II-2010), la Corte Federal señaló que el Tribunal Superior de provincia debe examinar y resolver si el art. 8.2.h de

La doble instancia en la jurisprudencia de la Suprema Corte bonaerense

Recientemente, el 25 de marzo de 2009 la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se expidió sobre el particular¹⁹⁴.

En tal oportunidad sostuvo que "...el derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, previsto en el artículo 8, inc. 2, ap. h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14 inc. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que tienen jerarquía constitucional según el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), se halla supeditado a la existencia de un fallo dictado contra persona 'inculpada de delito' o 'declarada culpable de delito', por lo que resultan ajenas a su ámbito los pronunciamientos judiciales que condenen o absuelvan con motivo de la imputación de faltas, contravenciones o infracciones administrativas..."¹⁹⁵.

Protección judicial. Artículo 25.1. Derecho a un recurso sencillo y rápido (amparo)

1) *Pautas*

Establece el artículo 25 que "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

Conviene dejar sentado de inicio que como antes vimos la palabra "recurso" no se utiliza aquí en su sentido técnico como modo de impugnación o ataque de una resolución judicial ni tiene que ver con la doble instancia del art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos resulta o no aplicable al caso examinado, en el que se cuestionaba una clausura impuesta por la entonces Dirección Provincial de Rentas.

El voto concurrente de los jueces FAYT y ZAFFARONI avanzó sobre la pertinencia de ver la cuestión a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues ella debe servir de guía para la interpretación de esos preceptos convencionales, transcribiendo un pasaje del "caso del Tribunal Constitucional", aunque sin explicitar su posición sobre el tópico.

¹⁹⁴ Causa P-86.954 "Marchal".

¹⁹⁵ De tal modo se reiteró la doctrina sostenida en causas Ac. 98.745 "S, J. M.", sent. del 31-VIII-2007; Ac. 102.502, sent. del 7-XI-2007; Ac. 101.655, sent. del 8-VII-2008; Ac. 101.898, sent. del 8-X-2008.

Lo que se infiere del precepto aludido es la necesidad de una *vía, trámite, procedimiento* o *acción* que permita al ser humano poner en marcha la máquina judicial para que le reconozcan los derechos que le confieren la Constitución, la ley y la Convención.

Ya hemos puesto énfasis en señalar que los artículos 7, 8, 25 (en relación al 1.1) constituyen una tríada inseparable a los efectos de que se *cumpla el debido proceso legal* para que la persona pueda acceder libremente a la Justicia. También adelantamos que – en paralelo – hay una estrecha imbricación entre el *hábeas corpus* (art. 7.6) y el instituto del art. 25 aquí analizado (*amparo*).

En efecto, el primero busca la tutela de la libertad, en el sentido ya señalado¹⁹⁶; en cambio el segundo tiene mayor extensión ya que abarca la totalidad de los derechos fundamentales¹⁹⁷. Ambas normas (7.6 y 25) se refuerzan mutuamente ya que el artículo 25.1.c (en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana), obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la Administración de Justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los Derechos Humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido.

El artículo 25 constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática. En la jurisprudencia de la Corte IDH dicho artículo guarda relación directa con el artículo 8.1 que consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza.

Reiteramos que el art. 25.1 no hace referencia expresa al ‘recurso de amparo’ propiamente dicho como se entiende en el Derecho Procesal Constitucional, sino que alude a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo “... que ampare a la persona contra actos violatorios de sus derechos fundamentales...”. Cualquier procedimiento que cumpla con estos requisitos es válido en la legislación doméstica independiente del *nomen iuris* que reciba. La palabra ‘recurso’ aquí debe entenderse – ya lo dijimos – como trámite, procedimiento o proceso.

¹⁹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Elementos del debido proceso*, ob. cit., nota 55. Caso “de las Hermanas Serrano Cruz”. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 79; Caso “Juan Humberto Sánchez”, cit., párr. 122; Caso “Bámaca Velásquez”. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 192; Caso “Cantoral Benavides versus Perú”. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 165, y Caso “Durand y Ugarte”, cit., párr. 103. En igual sentido, Caso “Cesti Hurtado versus Perú”. Sentencia de 29 de setiembre de 1999, párr. 121; Caso “Castillo Petruzzi y otros”, párr. 187; Caso “Paniagua Morales y otros”, cit., párr. 164; Caso “Blake”. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 102; Caso “Suárez Rosero”, cit., párrs. 63 y 65; Caso “Neira Alegria y otros”. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 82, y *El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, cit., párr. 35.

¹⁹⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Elementos del debido proceso*, ob. cit., p. 59.

Consideramos que esta norma debió estar instalada entre las garantías judiciales, porque apunta al cumplimiento de las *reglas del debido proceso*; por lo que según nuestro parecer hay un déficit metodológico en cuanto a su ubicación¹⁹⁸. El artículo de referencia impone a los Estados una serie de obligaciones de *resultado*¹⁹⁹, en el sentido de incorporar en el ámbito doméstico un recurso sencillo, rápido y *efectivo*. Se trata – como dijimos – de una típica obligación “de resultado” [artículos 8.2 a) y c)], pues no es suficiente con que exista en el ámbito interno la posibilidad abstracta de ejercitar un carril de este tipo, sino que es necesario que el mismo produzca los efectos deseados, esto es, que sea *efectivo* para proteger el bien jurídico tutelado²⁰⁰.

Los constitucionalistas y los procesalistas vienen insistiendo desde hace ya tiempo en la necesidad de un *efectivo acceso a la Justicia*, aclarando que ello significa que no basta con legislar el andamiaje adjetivo, sino que resulta imprescindible que los tribunales produzcan soluciones concretas y fallos justos ante las reclamaciones de los interesados²⁰¹.

Por ello la disposición *sub análisis* habla de la *efectividad* (en concreto) que debe tener esta garantía.

La tésis de la regla comentada, apunta a que los países tengan legislado un andarivel ágil y realista para ‘amparar’ al ser humano contra violaciones de sus prerrogativas fundamentales, reconocidas por la Constitución, las leyes y la propia Convención (conf. artículos 2 y 25.1), sea que éstas sean violadas por *el propio Estado*, o por los *particulares*.

De la interpretación de la primera parte del artículo 25 se puede inferir sin ambages que los gobiernos tienen que regular el instituto en cuestión para cumplir tales finalidades, o a falta de éste, deben implementar cualquier otro “recurso efectivo”. Lo que importa – repetimos – en realidad es que el sendero sea, como insistentemente puntualizamos, realmente idóneo, es decir, *efectivo*²⁰².

En puridad técnica – como ya lo expresamos – el amparo es el género y el *hábeas corpus* la especie. El amparo puede proteger en general todos los derechos

¹⁹⁸ HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. II, p. 162.

¹⁹⁹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 78-9.

²⁰⁰ MONROY CABRA, Marco Gerardo, “Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana”, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA, 1980, p. 69.

²⁰¹ Véase CAPPELLETTI, Mauro, “Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad”, en *JUS, Revista Jurídica*, La Plata. T. 39, pp. 3 y sigts. Señala este autor, haciendo referencia al Congreso de Würzburg (Alemania, 1983), que el principio de efectividad es una nueva concepción social del Estado y del Derecho que obliga a un tratamiento equitativo antes que a un acceso meramente formal (p. 9). Véase también el Comentario que Augusto Mario MORELLO hace al Congreso de Utrecht (Holanda, 1987), en *J.A.* del 9 de marzo de 1988.

²⁰² NIKKEN, Pedro. *Los derechos humanos en el sistema regional americano*, Manual de Cursos. Recopilación de Conferencias. IIDH. Costa Rica, 1988, T. I, p. 31.

del ser humano. Por ello en varios países se ha reservado el hábeas corpus para tutelar la libertad física o de locomoción, y el amparo para el resto de las garantías²⁰³.

Historia. Nacimiento del amparo

El precepto comentado tiene sus antecedentes en el principio universalmente aceptado hoy, referido a la autolimitación de los poderes del Estado, pues como es sabido, en la antigüedad, en la época de los regímenes monárquicos, el príncipe o el rey dictaban las normas, las aplicaban y juzgaban a sus súbditos. Sin embargo a partir de la Revolución Francesa y sobre todo luego de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, quedó en claro por primera vez que las leyes vinculaban también a los gobernantes, por ello se creó una serie de instrumentos a esos fines²⁰⁴, entre ellos el propio recurso de casación, que tiene en miras controlar el poder omnímodo de los jueces²⁰⁵. Sin embargo no debemos perder de vista que el hábeas corpus tuvo su origen remoto en la Carta Magna del siglo XIII.

Actualmente todas las garantías aquí estudiadas entran en el ámbito de lo que CAPPELLETTI ha llamado la jurisdicción constitucional de la libertad. Se trata – como dice FIX-ZAMUDIO²⁰⁶ – de los instrumentos cada vez más numerosos que se vienen creando en las legislaciones domésticas para la tutela de las libertades trascendentes de la persona humana, que – como vimos – están reguladas no sólo en las normas adjetivas, sino ahora también en las Cartas Magnas; fenómeno que se ha dado en llamar como el de la ‘constitucionalización’ de las garantías, que ha culminado, con la ‘supranacionalización’ de las mismas²⁰⁷.

Haciendo un análisis historiográfico de la institución *sub examine*, debemos tener en cuenta que como bien dice CANÇADO TRINDADE²⁰⁸, los trabajos prepara-

²⁰³ En este aspecto, y tal cual lo pusimos de relieve, la Corte Interamericana señaló en la OC 8 (párr. 33), que “el habeas corpus en el sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la resolución y, en su caso, decretar su libertad”.

²⁰⁴ BOLAÑOS CÉSPEDES, Fernando, “Derecho a un recurso ante los tribunales de justicia”, en *Declaración Universal de Derechos Humanos (comentarios y texto)*, Editorial Juricentro, pp. 64-66.

²⁰⁵ HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la Casación*, Platense, 2ª edición, 1998, pp. 28 y sigts.

²⁰⁶ “Los problemas...”, cit. p. 13.

²⁰⁷ Debemos recordar que este sector del Derecho Procesal Constitucional aborda no solamente los institutos típicamente procesales y el habeas corpus angloamericano, o el recurso constitucional, o el amparo latinoamericano, o el *mandato de segurança* brasileño, etc., sino también otros senderos que permiten lograr dicha tutela de los derechos humanos, como la *Procuratura* de los países socialistas, o el Defensor del Pueblo o el *Ombudsman* (FIX-ZAMUDIO, ob. cit., p. 13).

²⁰⁸ Corte IDH. Caso “de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. Voto Razonado del Juez CANÇADO TRINDADE, párrs. 16 a 19.

torios de la Declaración Universal de Derechos Humanos siguieron etapas distintas. La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas se decidió por la elaboración de un proyecto en abril de 1946, designando una Comisión para los estudios iniciales. La UNESCO llevó a cabo consultas en el año 1947 a pensadores de la época sobre las bases de una futura Declaración Universal²⁰⁹. Una de las disposiciones más relevantes del modelo de 1948 se encuentra en su artículo 8.

Dicha norma consagra el derecho de acceso a la Justicia, según el cual toda persona tiene la posibilidad de ejercitar un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes contra los actos violatorios de los derechos fundamentales que le son otorgados por la Constitución o por la ley.

No debemos perder de vista que el precepto en cuestión tuvo en miras la disposición equivalente del artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre nacida ocho meses antes (abril de 1948)²¹⁰: "...el argumento básico que conllevó a la inserción de esta disposición en las Declaraciones Americana y Universal de 1948 consistió en el reconocimiento de la necesidad de llenar una laguna en ambas: proteger los derechos del individuo contra los abusos del poder público, someter todo y cualquier abuso de todos los derechos individuales al juicio del Poder Judicial en el plano del derecho interno..."²¹¹.

En definitiva la implantación del derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes en la Declaración Americana (artículo XVIII) fue tomada por la Declaración Universal (artículo 8), de esta última pasó a las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos (artículos 13 y 25, respectivamente) y así llegó también al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (artículo 2.3).

El artículo 8 de la Declaración Universal, y las disposiciones correspondientes en los Tratados de Derechos Humanos vigentes, como el artículo 25 de la Convención Americana, añade el citado magistrado, "...establecen el deber del Estado de proveer recursos internos adecuados y eficaces; siempre he sostenido que dicho deber constituye efectivamente un pilar básico no sólo de tales tratados como del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, y su aplicación

²⁰⁹ UNESCO, *Los Derechos del Hombre-Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal*, México/ Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, pp. 233-246.

²¹⁰ Dicha iniciativa latinoamericana se influyó fuertemente en los principios que rigen el recurso de *amparo*, ya entonces consagrado en las legislaciones nacionales de muchos países de la región. Tanto fue así que, en la Conferencia de Bogotá de abril de 1948, la referida Declaración Americana tuvo su artículo XVIII adoptado por unanimidad de las 21 Delegaciones presentes. Sobre el legado de la Declaración Americana de 1948, cf. A. A. CAÑADO TRINDADE, "O Legado da Declaração Universal de 1948 e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos", 14 *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (1999) pp. 197-238.

²¹¹ Corte IDH. Caso "de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", cit., Voto Razonado del Juez CAÑADO TRINDADE, párr. 18.

correcta tiene el sentido de perfeccionar la administración de la justicia (material y no sólo formal) en nivel nacional...²¹².

Lo cierto es que como apunta el entonces judicante citado, el origen verdadero – y poco conocido – del instituto *sub examine*, como antes vimos, *está en el Derecho latinoamericano*²¹³, *a través de la Declaración Americana que había sido influenciada por los juristas mexicanos que trabajaron en la labor preparatoria de la institución tipificada en el art. 25 de la DADH.*

En síntesis, tanto el hábeas corpus como el amparo, son tradicionales institutos destinados a resguardar las libertades fundamentales del hombre, ante las violaciones del Estado y de los particulares, y si bien son instituciones de antigua data, se han desarrollado ampliamente en los últimos tiempos, sobre todo con posterioridad a la finalización de Segunda Conflagración mundial, hallándose ahora legislados no sólo en los códigos adjetivos, sino también en las Constituciones, y últimamente en los documentos internacionales.

La posición de la Corte Interamericana. Conclusiones

Para concluir este apartado reiteremos que el artículo 25 incorpora una garantía judicial que los Estados deben instrumentar en debida forma (artículos 1 y 2.2) de tal modo que exista un ‘recurso’ (o cualquier trámite) sencillo, rápido y efectivo ante los jueces competentes que proteja a los habitantes contra las violaciones de sus derechos fundamentales, por infracciones cometidas por las propias autoridades, o por los particulares.

El Pacto de San José en este aspecto ha sido innovador, porque justamente con el apartado 2 del artículo comentado, le ha impuesto – entre otras cosas – a las autoridades locales la obligación de *garantizar* la existencia de esta figura, y el cumplimiento de lo allí resuelto.

Vale reiterar que el Tribunal Regional de referencia ha dicho que el artículo 25.1 incorpora el principio reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la *efectividad* de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Según el mismo, la *inexistencia* de ese carril constituye una trasgresión a la Convención, que responsabiliza al Estado parte; no siendo suficiente con que esté previsto en el ámbito interno, “sino que se requiere que

²¹² Corte IDH. Caso “de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, cit., Voto Razonado del Juez CAÑADO TRINDADE, párr. 20.

²¹³ Corte IDH. Caso “Genie Lacayo vs. Nicaragua.” Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C No. 45, Voto Razonado del Juez CAÑADO TRINDADE. Corte IDH. Caso “de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, cit., Voto Razonado del Juez CAÑADO TRINDADE, párr. 25.

sea realmente idóneo para determinar si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediar el perjuicio²¹⁴.

La Corte IDH le había dado tratamiento a la figura del amparo en los Casos “Genie Lacayo” y “Caballero Delgado y Santana”²¹⁵; aunque, por primera vez en “Castillo Páez vs. Perú”²¹⁶ delineó el contenido material y el alcance del artículo 25. Sostuvo allí que la citada norma “...constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención...”²¹⁷. Esto significa en verdad que los recursos efectivos del Derecho interno integran la propia protección internacional de estas prerrogativas, existiendo una correlación entre la legislación doméstica y el Derecho supranacional²¹⁸.

A partir de esa definición del año 1997 – tal cual lo destacamos –, la Corte mantuvo su criterio estable sobre esta problemática²¹⁹. En el Caso de los “Traba-

²¹⁴ Opinión Consultiva OC-9/87 (cit.), párr. 24. Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, julio/diciembre 87, N° 6. pp. 74 y sigtes. Dejó en claro ese órgano en otro pronunciamiento, que “Los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción”. (Casos “Velásquez Rodríguez”, “Fairén Garbí y Solís Corrales”, y “Godínez Cruz”. Excepciones preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90 a 92).

²¹⁵ Corte IDH. Caso “Caballero Delgado y Santana vs. Colombia”. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22.

²¹⁶ Corte IDH. Caso “Castillo Páez vs. Perú”. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.

²¹⁷ Conf. Corte IDH. Caso “de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia” (cit.), Voto Razonado del Juez CAÑADO TRINDADE, párr. 26.

²¹⁸ Corte IDH. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” (cit.), Voto Razonado del Juez CAÑADO TRINDADE, párr. 2.

²¹⁹ Desde entonces ha sido ésta la posición de la Corte al respecto, reiterada en sus decisiones de fondo en los Casos “Suárez Rosero versus Ecuador” (Sentencia del 12.11.1997, párr. 65), “Blake versus Guatemala” (Sentencia del 24.01.1998, párr. 102), “Paniagua Morales y Otros versus Guatemala” (Sentencia del 08.03.1998, párr. 164), “Castillo Petruzzi y Otros versus Perú” (Sentencia del 30.05.1999, párr. 184), “Cesti Hurtado versus Perú”, cit., párr. 121), “Niños de la Calle” (“Villagrán y Otros versus Guatemala”. Sentencia del 19.11.1999, párr. 234), “Durand y Ugarte versus Perú”. Sentencia del 16.98.2000, párr. 101), “Cantoral Benavides versus Perú”, cit., párr. 163), “Bámaca Velásquez versus Guatemala” (Sentencia del 25.11.2000, párr. 191), “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua” (Sentencia del 31.08.2001, párr. 112), “Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros versus Trinidad y Tobago” (Sentencia del 21.06.2002, párr. 150), “Cantos versus Argentina” (Sentencia del 28.11.2002, párr. 52), “Juan Humberto Sánchez versus Honduras” (Sentencia del 07.06.2003), “Maritzá Urrutia versus Guatemala” (Sentencia del 27.11.2003, párr. 117), “19 Comerciantes versus Colombia” (Sentencia del 05.07.2004, párr. 193), “Tibi versus Ecuador” (Sentencia del 07.09.2004, párr. 131), “Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador” (Sentencia del 01.03.2005, párr. 75), “Yatama versus Nicaragua” (Sentencia del 23.06.2005, párr. 169), “Acosta

jadores Cesados del Congreso” puso de relieve que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”²²⁰.

O sea, dice el Juez CAÑADO TRINDADE en el voto razonado antes aludido, que²²¹ “...los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana...”²²².

Garantías que derivan de la forma democrática representativa de gobierno. Normas de interpretación. Suspensión de las garantías

El artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica enuncia que “...Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y

Calderón versus Ecuador” (Sentencia del 24.06.2005, párr. 93), y “Palamara Iribarne versus Chile” (Sentencia del 22.11.2005, párr. 184). Ídem Corte IDH. Caso “de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, Voto Razonado del Juez CAÑADO TRINDADE, párr. 27.

²²⁰ Párr. 128.

²²¹ Corte IDH. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. Voto Razonado del Juez CAÑADO TRINDADE, párr. 3. Véase HITTERS, Juan Carlos, “Control de Constitucionalidad...”, cit. *supra* en nuestra nota 6.

²²² Dijo el citado Magistrado en su voto razonado del Caso “Masacre de Pueblo Bello”: “...también abordé otros aspectos, a saber: a) los artículos 25 y 8 de la Convención Americana en los planos ontológico y hermenéutico (párrs. 14-15); b) génesis del derecho a un recurso interno efectivo en el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párrs. 16-21); c) el derecho a un recurso efectivo en la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana (párrs. 24-27); d) la indisociabilidad entre el acceso a la justicia (derecho a un recurso efectivo) y las garantías del debido proceso legal (artículos 25 y 8 de la Convención Americana) (párrs. 28-34); e) la indisociabilidad entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana en la *jurisprudence constante* de la Corte Interamericana (párrs. 35-43); f) la indisociabilidad entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana como un avance jurisprudencial intangible (párrs. 44-52); g) la superación de las vicisitudes en cuanto al derecho a un recurso efectivo en la construcción jurisprudencial de la Corte Europea (párrs. 53-59); h) el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* (párrs. 60-61). En la presente Sentencia en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso* peruano, la Corte ha, una vez más, confirmado su *jurisprudence constante* en el sentido de considerar, de forma interrelacionada e indisociable, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en combinación con los artículos 1(1) y 2 de la misma ...” (Corte IDH. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso”, cit. Voto Razonado del Juez CAÑADO TRINDADE, párrs. 5 y 6).

ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza...”.

Conviene alertar que una de las pautas de la citada disposición es que las reglas del instrumento internacional aludido constituyen *un piso, pero no un techo*, en el sentido de que cualquier precepto del ámbito interno que sea más protector de determinado derecho debe ser aplicado en lugar del Pacto en cuestión.

Lo cierto es que el dispositivo que venimos comentando habla de los derechos y garantías que son inherentes al ser humano y que derivan de la forma democrática representativa de gobierno, lo que significa remarcar la evidente y notoria vinculación que existe en toda la tésis del sistema interamericano entre *las garantías fundamentales del hombre y la democracia*, por lo que podemos decir, sin temor a equivocarnos, que *la democracia y el respeto a los derechos humanos* constituyen una dupla a manera de ‘Cabeza de Jano’ como las dos caras de una misma moneda, criterio éste que ya se había avizorado en la Revolución Francesa²²³.

La Corte IDH desde hace mucho tiempo viene refiriéndose a estas tres instituciones fundamentales del Estado de Derecho que son – como vimos –, la democracia representativa y el régimen de la libertad personal, como consustanciales del Sistema Interamericano y en particular con el régimen de protección de los derechos humanos contenidos en la Convención²²⁴. En efecto en ese vital entendimiento ha sostenido enfáticamente que “...en una sociedad democrática, *los derechos inherentes a las personas, sus garantías, y el Estado de Derecho*, constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros...”²²⁵ (énfasis añadido).

²²³ HITTERS-FAPPIANO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., T. 1. V. 1, pp. 129 y siguientes.

²²⁴ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 66. Ídem Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs 30 y 34.

²²⁵ Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 26. Ídem Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 35.

Ha dejado muy en claro la OC – 8 (párrs. 30-34) que el art. 27 de la Convención Americana admite en determinadas circunstancias tales como los casos de guerra, de peligro público o de otra emergencia, que amenace la independencia o seguridad del Estado, que éste pueda decretar la suspensión de ciertas garantías; sin embargo y en paralelo enumera aquellas *que no es posible dejar sin efecto*, entre las que se encuentran las garantías judiciales indispensables para la protección de ciertos derechos²²⁶.

También ha expresado que “...las garantías que se derivan de la forma democrática de gobierno, a que se refiere el artículo 29.c), no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ella está amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de Derecho...”²²⁷.

Añadió en ese sentido que “...las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquellas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, considerados dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías...”²²⁸.

116

En la OC-9 la Corte concluyó por unanimidad que deben considerarse como *garantías judiciales* indispensables no susceptibles de suspensión, según lo estable-

²²⁶ Sobre esta problemática el del Juez DE ROUX RENGIFO dijo “...El preámbulo de la Convención Americana comienza haciendo referencia a las instituciones democráticas, como marco general del régimen de libertades y derechos que busca consolidar la propia Convención. El artículo 29.c) de la misma establece, por otra parte, que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en un sentido que permita ‘excluir [...] derechos o garantías [...] que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno’. Estas previsiones (y quizá también la contenida en el artículo 32.2, sobre la sujeción de los derechos de toda persona a las exigencias propias del bien común en una sociedad democrática) expresan un compromiso de la Convención con la democracia política representativa que va más allá de lo que podría colegirse del mero artículo 23, referente a los derechos políticos del individuo (votar y ser elegido, etc.). Todo esto conduce a la constatación de que la Convención Americana establece tres esquemas normativos de protección: en primer lugar, el que obra en los artículos referentes a los distintos derechos amparados (artículos 3 a 25); en segundo lugar, el plasmado en los artículos 1.1 y 2, que consagran el deber de respetar y garantizar dichos derechos y el de adoptar las disposiciones y medidas internas que sean necesarias para tales fines; y en tercer lugar, el que, de acuerdo con lo planteado en el párrafo anterior, vincula de alguna manera la protección de los correspondientes derechos a un entorno de democracia política ...”, Corte IDH. Caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, Voto razonado del Juez DE ROUX RENGIFO. Véase también “Suspensión de Garantías Judiciales”, en Resúmenes de la Jurisprudencia del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos. Dr. Miguel A. RADRIZZANI GONÍ. <http://www.derechos.net/doc/cidh/index.html>.

²²⁷ Opinión Consultiva 9/87; 6 de octubre de 1987.

²²⁸ Opinión Consultiva 9/87; 6 de octubre de 1987.

cido en el artículo 27.2 de la Convención, tanto el hábeas corpus (art. 7.6), como el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención; "...también deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el Derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos..."²²⁹.

Los derechos que derivan de *la forma democrática de gobierno* están instalados en principio en la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando establece "...que la voluntad del pueblo será la base de la autoridad de los gobernantes y debe expresarse en elecciones genuinas y periódicas, que se harán mediante el sufragio universal e igualitario bajo el voto secreto..."²³⁰.

La CADH dispone en su Preámbulo que los Estados partes reafirman "su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre"²³¹. Por ello ese Tratado prohíbe en su artículo 29.c., toda interpretación del mismo en el sentido "de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno"²³².

Lo que antecede resulta de suma importancia si se tiene en consideración que la directriz del aludido artículo 29.c., apunta a la 'interpretación' y 'aplicación' de toda de la Convención, y muy especialmente a las limitaciones que dicho instrumento autoriza en relación a los derechos protegidos; cortapisas que carecen de operatividad donde no impera la democracia²³³. Ello así pues la suspensión de las garantías, que – como vimos – por excepción tolera el referido pacto, en casos de emergencia (conforme al artículo 27) *solamente tiene sentido en los países democráticos*.

²²⁹ Opinión Consultiva 9/87; 6 de octubre de 1987.

²³⁰ HITTERS-FAPPIANO, ob. cit., T. I, V. 1, pág. 128.

²³¹ Cfr. NIKKEN, "Los Derechos Humanos en el sistema regional americano", en *Manual de Cursos*, IIDH, San José, agosto 1988, T.1, p. 23; VOLIO, Fernando, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Secretaría General de la OEA, 1980, p. 78. Este principio fue desarrollado por los Estados miembros de la "Declaración de Santiago de Chile sobre democracia representativa", en 1959.

²³² Esta disposición no se encuentra en el Convenio Europeo sobre derechos humanos (BUERGENTHAL, trabajo publicado en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., p. 186).

²³³ NIKKEN, "Los Derechos Humanos...", cit., p. 24; aclara este autor que los derechos protegidos por el Pacto de San José deben analizarse a la luz del sistema democrático. Véase HITTERS, Juan Carlos, "Democracia y derechos humanos", J.A. 1989-861.

Asimismo, en su artículo 23 dicho documento preceptúa: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (ver también los arts. 15 y 16.2)²³⁴.

CONCLUSIONES

Intentamos hacer un detalle – sintético – de las garantías previstas en el Pacto de San José de Costa Rica y de aquellas que aunque no estén expresamente tipificadas en dicho documento, nacen de la interpretación evolutiva que viene haciendo el Tribunal regional, partiendo de la base de la necesidad de una hermenéutica dinámica, ya que la Convención citada al inicio fue formalizada en el año 1969, pero sus Trabajos Preparatorios arrancaron 20 años antes.

Por tal motivo hemos puesto énfasis en destacar que a raíz de la ‘progresividad’ que impera en el campo de los derechos humanos, se deben tener en cuenta los pronunciamientos de la Corte IDH y los Protocolos Adicionales al Convenio Europeo de Derechos Humanos que han *aggiornato* el viejo texto, y que deben servirnos como fuentes.

Nos parece que no es suficiente con abordar los antiguos y muy importantes fallos de dicho órgano jurisdiccional, sin enlazarlos con los más nuevos que han ido cambiando de tornas – dando un salto hacia adelante –, respecto de las nuevas problemáticas que a cada paso aparecen en el esquema *sub examine*. Repárese en que – como vimos –, el Viejo continente tuvo que dictar dos años después de estar en marcha el Tratado de Roma de 1950, el Primer Protocolo Adicional para ajustar ciertas normas del Tratado originario, que luego se fue reiterando sucesivamente en varios documentos.

De ahí entonces que hemos partido de la base de que, como dice GARCÍA RAMÍREZ, las Convenciones sobre derechos humanos son elementos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal evolución es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el art. 29 de la CADH, así como con las que nacen de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.

Hemos adelantado que el Pacto de marras regula el procedimiento que se debe llevar a cabo en el trámite supranacional propiamente dicho (ante la Corte

²³⁴ HITTERS-FAPPIANO, ob. cit., T. I, V. 1, pp. 131-132.

y ante la Comisión); y en paralelo impone una serie de reglas que tienen que cumplir los Estados en el Derecho interno, bajo apercibimiento de incurrir en una responsabilidad internacional. También quedó dicho – y esto es muy importante tenerlo en cuenta – que sus normas implican un piso y no un techo con relación a las garantías que encarrila el nombrado Tratado (art. 29).

Observamos la gran importancia que tiene esta doble influencia de las Convenciones sobre derechos humanos, en especial el Pacto de San José de Costa Rica, ya que por un lado incorpora a la legislación interna un conjunto de normas y principios que permiten reforzar el debido proceso legal en el sector doméstico, y por otro les da a la Corte y a la Comisión la responsabilidad de controlar los actos del Estado en cualquiera de sus tres poderes, y en particular al Judicial.

De modo que ese cuerpo jurisdiccional interamericano cumple una verdadera función casatoria que interpreta de manera uniforme el Derecho imperante en los Estados suscriptores de la CADH. Se amplía de esta manera la pantalla protectora de las libertades fundamentales del Hombre, a partir del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del *ius cogens* (basado en el Derecho consuetudinario) y de la jurisprudencia del Tribunal, que ha dicho en reiteradas oportunidades, a partir de la OC-8, que en una sociedad democrática los derechos y libertades, inherentes a la persona humana, sus garantías y el Estado de Derecho (democrático), constituyen una tríada en la que cada uno de sus componentes se define, completa y adquiere sentido en función del otro.

Deben entenderse por *garantías* el conjunto de instrumentos y preceptos que tienen en miras lograr la justicia de la decisión a través de la *independencia* e *imparcialidad* del juzgador. En este sentido se pueden citar las diversas normas internacionales (entre ellas los artículos 7.6, 8, 9 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica) que como dice FIX-ZAMUDIO, establecen, en esencia, el derecho fundamental de todo individuo de ser oído públicamente y con las debidas *garantías* por un tribunal *competente, independiente e imparcial*, establecido por ley, en la sustanciación de toda acusación de esencia penal, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil, o de cualquier otro carácter.

Como vimos la Corte IDH, en sus Opiniones Consultivas (en especial las OC-8 y OC-9) cinceló el concepto de garantías y marcó la necesidad de que las mismas se apliquen en forma eficaz.

Puntualizamos que el art. 8 se ocupa en forma desordenada de esta problemática, imponiendo reglas mínimas e inorgánicas, a las que hemos llamado *garantías judiciales expresas o dinámicas*; a su vez el art. 7.6 aborda el *hábeas corpus* sin denominarlo de tal forma, mientras que el art. 25 trata el amparo, hablando de un recurso sencillo y rápido ‘que ampare al ser humano contra actos que violen sus derechos’, que hemos enunciado como *garantías tácitas*. Estas pautas son complementadas por los arts. 5 y 9 que marcan verdaderos criterios garantísticos que deben tenerse muy presentes.

En lo que tiene que ver con el *plazo razonable*, será importante reiterar que esa fraseología está enclavada en dos artículos de la CADH²³⁵. En efecto, el art. 7.5 impone la obligación del Estado de llevar sin demora a la persona detenida o retenida ante un juez, la que tendrá derecho a ser juzgada ‘dentro de *plazo razonable*’ o a ser puesta en libertad sin perjuicio de la continuación del proceso; mientras que el art. 8.1 dispone que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y en un *plazo razonable*. Parece obvio aclarar que la primera norma apunta a evitar el encarcelamiento prolongado del encauzado sin la presencia de un juez, mientras que la segunda se refiere al tiempo cronológico en que deben fallarse las causas.

El art. 8.1 – según ya lo destacamos –, se debe apreciar en relación con ‘la duración total’ del procedimiento que se desarrolla hasta la sentencia definitiva, algunos incluyendo la ejecución de la sentencia²³⁶.

Desde antiguo la jurisprudencia del cuerpo aludido venía diciendo que era preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: 1) la complejidad del asunto, 2) la actividad procesal del interesado, y 3) la conducta de las autoridades judiciales. En los últimos tiempos la Corte ha considerado pertinente precisar que es necesario hacer un análisis de razonabilidad evaluando *la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia*. Lo que a nuestro modo de ver constituye el cuarto elemento que debe tomarse en cuenta para valorar globalmente la razonabilidad cronológica. Por ello continúa señalando ese Tribunal que “...si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo,

²³⁵ Sin perjuicio de lo que dispone el art. 48 que no se relaciona con esta temática.

²³⁶ Dijo el juez CAÑADO TRINDADE en su Voto Razonado en el Caso “Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú”) Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, párrs. 3 y 4), que “... A mi juicio, la ejecución de la sentencia forma parte del proceso – del debido proceso – y, por ello, los Estados deben garantizar que tal ejecución se realice dentro de un plazo razonable. Tampoco sería de más recordar – distintamente de lo que tienden a pensar o suponer los procesalistas tradicionales – que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio para la realización de la justicia. Hay una gran distancia entre la justicia formal y la material, que es, esta última, la que tengo siempre presente en mis razonamientos. Más que esto, sostengo que el cumplimiento de la sentencia forma parte del propio derecho de acceso (*lato sensu*) a la justicia, entendido éste como el derecho a la prestación jurisdiccional plena, incluida ahí la fiel ejecución de la sentencia...” (párr. 3); y agregó que “...El cumplimiento de las sentencias es, pues, un elemento constitutivo del propio derecho de acceso a la justicia, así ampliamente concebido, dando expresión a la vinculación entre las garantías judiciales y la protección judicial, bajo los artículos 8 y 25, respectivamente, de la Convención Americana. Es ésta la hermenéutica que mejor se coaduna con la propia jurisprudencia de esta Corte [...] en su Sentencia en el caso *López Álvarez versus Honduras* (Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141), la Corte Interamericana afirmó claramente que ‘El derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable; una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales’ (párr. 128) ...” (párr. 4).

resultará necesario que el procedimiento *corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve...*²³⁷ (énfasis añadido).

Otro adelanto moderno en esta temática es que la Corte ha entendido que el *plazo razonable se debe computar a partir de que por cualquier circunstancia, ‘aun antes de la detención’, se afecte la libertad en sentido amplio del ser humano y hasta que la sentencia quede firme*, tal cual lo adelantamos.

Con respecto a la doble instancia que impone el art. 8.2.h, para las personas *inculpadas de un delito*, hemos intentado llevar a cabo un breve estudio de la jurisprudencia de la Corte IDH y llegamos a la conclusión – pese a que reconocemos que existen doctrinas opuestas, sobre todo en el ámbito autoral, e interpretaciones no del todo claras en el cuerpo del propio Tribunal –, de que dicha norma se aplica, en principio, *sólo a los pleitos de naturaleza penal donde ha habido una condena*.

Por lo que extender tal postulado a todos los procesos implicaría un verdadero barquinazo para el Derecho interno de los países adheridos al Pacto que en la mayoría de los casos siguen todavía con la instancia única en varios tipos de enjuiciamiento. Por ello, sostenemos que la Corte debería ser muy cuidadosa y clara cuando interpreta la Convención y no tendría que ensanchar demasiado la hermenéutica de la norma Convencional en cuestión, pues podría minar muchas instituciones domésticas.

Finalmente será prudente – para interpretar las garantías del Pacto –, tener en cuenta no sólo su letra sino también la importante jurisprudencia de la Corte IDH que en los últimos tiempos viene *aggiornando* la antigua normativa de la Convención de 1969, en lo que hemos denominado hermenéutica evolutiva.

Ignorar tal situación por parte de los Estados y desconocer los fallos vinculantes del organismo jurisdiccional del sistema, implica responsabilidad para los tres poderes del Estado y particularmente para el Judicial (arts. 1.1 y 2 CADH).

Reiteramos – por último – que el documento de Costa Rica que hemos analizado *potencia* – a través de sus normas, que son *self executing* –, las garantías del Derecho local; y a su vez regula el debido proceso supranacional (ante la Corte y ante la Comisión), donde los Estados son siempre los legitimados pasivos.

Todo ello, como decía CAPPELLETTI, para que el Hombre bajo el paraguas de todas estas garantías supranacionales pueda llegar alguna vez a ser el ‘Ciudadano del Mundo’ a través de normas jurídicas aplicadas homogéneamente en cualquier lugar donde se encuentre.

Data de recebimento: 27/09/2010

Data de aprovação: 10/10/2010

²³⁷ Caso “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia” (cit.), párr. 155.

O MODELO ALEMÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

GERMANY'S MODEL OF JUDICIAL REVIEW

*Frederico Barbosa Gomes**

RESUMO

Este artigo analisa os principais aspectos do modelo alemão de controle de constitucionalidade. Neste texto, se discutirá a criação do Tribunal Constitucional alemão, as formas de controle, os tipos de decisão e os seus efeitos. Este estudo é muito importante, atualmente, no Brasil, pois o STF vem recebendo forte influência alemã em suas decisões e a sua compreensão depende de um estudo sério sobre tal modelo.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Alemanha; Modelos de controle; Decisões; Efeitos.

ABSTRACT

This article analyzes the principles aspects of Germany's model of judicial review. In this text, it will be discussing the creation of Germany's Constitutional Court, the way of control, the types of decision and their effects. This study is very important, actually, in Brazil, because the STF is receiving hard Germany's influence in his decisions and the comprehension of this depends of the hard study about that model.

Keywords: Judicial review; German; Models of control; Decisions; Effects.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade das leis é, sem dúvida, um dos institutos mais importantes na construção do Estado Democrático de Direito. Isso porque ele permite tanto a manutenção da higidez do ordenamento jurídico ao qual o indivíduo se submete como a proteção de seus direitos fundamentais e a garantia de que a Constituição, entendida como um projeto de construção de uma sociedade

* Mestre em Direito pela PUC/MG. Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte. Correspondência para / *Correspondence to:* Rua Geraldo Menezes Soares, 624/101, Sagrada Família, 31030-440, Belo Horizonte-MG. E-mail: fredbg@bol.com.br.

justa, solidária e democrática, não se converta em mero objeto de manipulação e de aparente legitimação de condutas totalitárias e abusivas praticadas pela burocracia. E ele será tão mais legítimo quanto maior for a sua abertura à participação popular.

E, justamente por se passar hoje por uma crise paradigmática, em que se busca discutir/encontrar os mecanismos com os quais seja possível atender, a um só tempo, a efetividade do ordenamento jurídico e a ampla participação popular na sua construção/aplicação, é que o estudo do controle de constitucionalidade tem sido tão difundido tanto em doutrina nacional quanto estrangeira.

Nesse contexto, a pesquisa sobre o controle de constitucionalidade alemão ganha relevo, não só por seu grau de desenvolvimento, mas também pela sua efetividade e, especialmente no caso brasileiro, pela sua influência nas recentes alterações promovidas no modelo nacional, por força da Emenda Constitucional n. 3/93 e pelas Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99.

É claro, contudo, que neste artigo não será possível expor o presente tema com a riqueza de detalhes que ele exige. Todavia, a despeito das limitações inerentes à natureza desse trabalho, procurar-se-á apresentar uma visão geral sobre o controle de constitucionalidade alemão, mostrando, sempre que possível, os pontos de contato que ele tem com o modelo brasileiro. Para isso, partir-se-á de um breve histórico da jurisdição constitucional alemã, passando por um estudo dos principais aspectos do Tribunal Constitucional Federal, dos mecanismos de controle de constitucionalidade adotados pela Alemanha e das técnicas de decisão lá utilizadas, bem como sobre os efeitos a elas aplicados, momento em que se constatará a forte influência da jurisprudência de valores na sua prática. Após isso, ter-se-á condições de traçar as conclusões sobre a importância desse modelo de controle e apontar as críticas que entendermos pertinentes.

154

BREVE HISTÓRICO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ALEMÃ

Assim como a própria formação do Estado nacional alemão, a jurisdição constitucional tedesca teve um desenvolvimento lento.

Autores como Mendes e Moraes¹ veem já no Sagrado Império da Nação Alemã os primórdios de sua jurisdição constitucional. Para o primeiro,

(...) [nesse período] eram competentes para decisão de conflitos entre as autoridades de diferentes níveis os tribunais do império (...). Eles tinham competência para defender as cidades integrantes do império contra agressões por parte do poder territorial. Essas instituições atuaram,

¹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

até a sua dissolução, na defesa dos súditos contra abuso de poder por parte das autoridades².

Acontece, todavia, que não se vislumbra, ainda nesse momento, a presença de um projeto concreto de uma organização da jurisdição constitucional alemã. Isto apenas viria com a Constituição de 1849 que, embora não tenha entrado em vigor, vale como referência histórica das ideias que surgiram naquele momento. Por esse diploma, previu-se “a existência de um controle de constitucionalidade a ser realizado pelo Tribunal imperial, bem como de um instrumento de proteção aos direitos fundamentais assemelhando ao atual recurso constitucional, consagrado pela Lei Fundamental Alemã”³.

Com a Constituição de Bismark de 1871, a jurisdição constitucional alemã ainda estava longe de sua configuração atual. Não se previu a existência de um Tribunal Constitucional, sendo que a competência para a solução dos conflitos políticos entre os entes federados foi atribuída ao Conselho Federal (*Bundesrat*).

Já, com a Constituição de Weimar, de 1919, a situação começa a mudar. Criou-se, nesse momento, o Tribunal de Justiça do Estado, cujas competências eram a solução de conflitos constitucionais entre os órgãos do ente central, entre esse e os Estados e entre os órgãos desse. Além disso, atribuiu-lhe competência para dirimir conflitos de natureza não privada entre o poder central e os Estados, ou entre esses, bem como o de dirimir conflitos constitucionais no âmbito de um Estado que não dispusesse de Tribunal competente para tanto⁴. Nesse mesmo momento foi criado o Supremo Tribunal do *Reich* que, juntamente com o Tribunal de Finanças, decidiam sobre a compatibilidade entre direito estadual e federal, conforme determinava o art. 13, II, daquele Texto Magno.

Em que pese a diversidade de formas de controle adotadas pela Constituição de Weimar, ainda não se tinha a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade. Isso, todavia, tornou-se possível graças ao labor da doutrina e, principalmente, da jurisprudência, que passou a admiti-lo a partir do acórdão de 04.11.1925 do Supremo Tribunal do *Reich*.

Entretanto, com o período de exceção instaurado pelo regime nazista, que reduziu a Constituição de Weimar a um mero pedaço de papel, aliada à atitude passiva do Poder Judiciário alemão, que contribuiu para o desprezo e para a inefetividade dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, o controle da constitucionalidade das leis caiu no esquecimento.

² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

³ MORAES, 2000, p. 152.

⁴ MENDES, 1999, p. 8.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Alemanha foi dividida em duas: a Ocidental, ou República Federal da Alemanha (RFA), e a Oriental, ou República Democrática da Alemanha (RDA). Em 23 de maio de 1949, a parte ocidental promulgou a Lei Fundamental de Bonn, que, a rigor, não poderia ser considerada como uma Constituição, de acordo com o seu conceito clássico, até porque pretendia ser temporária, valendo apenas até a reunificação. Todavia, por ter sido tão bem elaborada e por estar em tamanha sintonia com o povo alemão, tornou-se a sua Constituição, mesmo após a reunificação.

No que se refere à jurisdição constitucional, ela criou, pela primeira vez na história alemã, um Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que, além das competências de solução de conflitos federativos, de atribuição de órgãos e de outras que a lei possa lhe estender, detém o monopólio da declaração de inconstitucionalidade de leis federais, bem como o do pronunciamento sobre a incompatibilidade de leis estaduais em face de leis federais. Ele está previsto no Título IX da Lei Fundamental, que trata justamente do Poder Judiciário alemão.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO: PRINCIPAIS ASPECTOS

Uma vez entendido o processo histórico de formação da jurisdição constitucional alemã até a criação do Tribunal Constitucional Federal, resta-nos, agora, uma análise sobre os principais aspectos desse, de maneira a propiciar uma visão abrangente do controle de constitucionalidade tedesco.

156

O Tribunal Constitucional Federal alemão, sediado em Karlsruhe, foi criado em 23 de maio de 1949 pela Lei Fundamental de Bonn (LFB), mas apenas entrou em exercício em 12 de março de 1951. É interessante observar que, conquanto faça parte do Poder Judiciário alemão, a teor do art. 92 da LFB, não é seu órgão de cúpula, como acontece no Brasil com o Supremo Tribunal Federal, nem pode ser considerado como instância recursal direta, eis que é via extraordinária.

Além disso, o Tribunal Constitucional Federal alemão detém autonomia administrativa e financeira, não estando, pois, no exercício de suas competências, submetido a nenhum outro órgão⁵.

Quanto à sua estrutura, esse Tribunal compõe-se de dezesseis ministros, os quais estão divididos em dois Senados: o Primeiro e o Segundo⁶. Os Senados estão

⁵ Observe-se apenas que, a despeito disso, o seu presidente e vice-presidente não são eleitos pelos seus membros, como acontece, por exemplo, com os Tribunais brasileiros, inclusive com o STF. Lá, a eleição é realizada alternativamente pelo Conselho Federal e pelo Parlamento Federal, e, diferentemente do que ocorre no Brasil, não há previsão de mandato para esses cargos. Tem-se entendido, pois, que eles apenas vagam com o fim do mandato de ministros que o presidente e o vice-presidente detêm, salvo, é claro, a ocorrência de hipóteses excepcionais, como a morte, a renúncia etc.

⁶ Essa denominação equivale àquela que no Brasil adotamos em nossos Tribunais, como Turmas, Câmaras, entre outras.

no mesmo plano hierárquico, sendo cada um deles o próprio Tribunal. Consequência direta disso é que a decisão de um não pode ser revista pelo outro, nem pelo Pleno do próprio Tribunal. Ademais, em cada Senado é possível a constituição de Câmaras compostas de três ministros, cuja atribuição é realizar o juízo de admissibilidade do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).

Os ministros que compõem o Tribunal Constitucional Federal alemão são eleitos metade pelo Conselho Federal (*Bundesrat*) e metade pelo Parlamento Federal (*Bundestag*)⁷. A forma, contudo, como se processa a eleição deles em cada Casa difere entre si. Isso porque, enquanto no Conselho Federal a eleição é direta, contando cada Estado com apenas um voto, realizando-se segundo as regras de eleição majoritária, no Parlamento Federal ela é indireta. Para tanto, no início de cada legislatura, monta-se uma comissão composta de doze membros, segundo critérios de eleição proporcional, a qual será perene durante aquele período. Nela, a eleição do novo ministro depende da maioria de dois terços de seus membros, ou seja, no mínimo de oito votos, o que acaba forçando os partidos que a compõem a chegar a um acordo para tornar viável a aprovação do nome de um novo membro para aquele Tribunal.

Para serem eleitos, os candidatos devem ter idade mínima de 40 anos, sendo que aos 68 anos se dá a sua aposentadoria compulsória. Além disso, exige-se que eles atendam aos mesmos requisitos exigidos para a magistratura e que gozem dos direitos políticos necessários à eleição para o Parlamento Federal. Acresce-se a isso o fato de que, em cada um dos Senados, três dos seus membros devem ser juizes dos Tribunais Superiores com mais de 3 anos de exercício no cargo, ao passo que os 5 restantes não podem pertencer ao Parlamento Federal, nem ao Conselho Federal, ao Governo Federal ou a qualquer órgão estadual respectivo, conforme dispõe o art. 94 da LFB.

Uma vez eleitos, os ministros são nomeados pelo Presidente Federal, sendo esse ato meramente declaratório. E, ao se empossarem no cargo, exercem o seu mister pelo prazo de 12 anos, vedada a reeleição. Os ministros, então, gozam das mesmas garantias de que desfrutam os demais magistrados, não podendo, ademais, cumular a sua função com qualquer outra, salvo com a de professor universitário.

⁷ O Conselho Federal (*Bundesrat*) e o Parlamento Federal (*Bundestag*) alemães assemelham-se, no Brasil, ao Senado Federal e à Câmara de Deputados, respectivamente. Diferem, contudo, quanto à forma de eleição dos membros da casa da federação, pois “ao contrário dos EUA e Brasil, os senadores [na Alemanha] não são representantes eleitos pelo povo, mas indiretamente pelos membros das assembleias legislativas estaduais. De acordo com o tamanho da população, os estados têm três, quatro, cinco ou seis votos que devem ser contados em bloco (...)” (SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo da. O estado federal alemão. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Org.). Pacto federativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 79).

Com relação à possibilidade de *impeachment* dos membros do Tribunal Constitucional Federal, Moraes ensina-nos que

não há previsão de destituição política do cargo por órgão parlamentar. Entretanto, o § 105 da Lei do Tribunal Constitucional Federal prevê a possibilidade de o próprio Plenário do Tribunal, por 2/3 de seus membros, autorizar o Presidente da República a demitir um de seus membros quando ele, em virtude de uma ação desonrosa, for condenado com sentença transitada em julgado, ou for condenado a cumprir uma pena privativa de liberdade superior a seis meses, ou tornar-se culpado por violação de deveres tão graves que sua permanência na função não seja mais possível. A lei prevê ainda que, após o início do procedimento de destituição, o Pleno do Tribunal poderá, igualmente por 2/3, destituir o juiz provisoriamente de sua função⁸.

Por fim, é interessante notar que as decisões são tomadas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão por maioria simples dos membros de cada um de seus órgãos. Acontece que, conforme vimos, à exceção das Câmaras, a composição do Tribunal e de seus órgãos fracionários é em número par, o que possibilita o empate nas votações. Nesses casos, seria de se supor que, para se resolver esse impasse, adotar-se-ia o voto de qualidade do presidente. Entretanto, não foi essa a solução adotada pelos alemães, que, em tais circunstâncias, optaram por impedir a declaração de inconstitucionalidade. Assim, ocorrendo empate, não se pode declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada.

158

MECANISMOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO ALEMÃO

O controle de constitucionalidade alemão é realizado por três mecanismos principais: pelo recurso constitucional, pelo controle abstrato e por intermédio do controle concreto. Além dessas competências, o Tribunal Constitucional Federal alemão detém outras, como a solução de conflitos entre órgãos estatais, dos conflitos federativos, bem como o julgamento de moção de acusação contra o Presidente Federal por violação intencional da Lei Fundamental ou de outra Lei Federal. Todavia, tendo em vista o fim deste trabalho, restringir-nos-emos a analisar os três mecanismos principais anteriormente apontados, visto que eles constituem o núcleo do controle de constitucionalidade alemão.

Recurso Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)

O recurso constitucional alemão, previsto no art. 93.1.4a da LFB, é, sem dúvida, o instrumento mais importante do seu modelo controle de constitucio-

⁸ MORAES, 2000.

nalidade. Isso porque permite uma ampla participação popular no controle da constitucionalidade das leis, já que franqueia acesso direto dos titulares de direitos fundamentais ou assemelhados, sejam eles os cidadãos, as pessoas jurídicas ou mesmo os estrangeiros⁹, ao Tribunal Constitucional Federal alemão, independentemente de assistência de advogado e do pagamento de custas. Com isso, garante-se uma aproximação entre as esferas que tomam as decisões e o povo, fazendo com que esse atue ativamente na construção e manutenção do ordenamento jurídico ao qual se submete, possibilitando, assim, a construção de uma “sociedade aberta de intérpretes da constituição”.

Além disso, diferentemente do que nos é passado, isto é, de que o sistema alemão dá primazia ao controle abstrato, na verdade, o instrumento mais utilizado no controle de constitucionalidade alemão é o recurso constitucional. Só para se ter uma ideia,

Heck (1995) nos fornece uma estatística impressionante do Tribunal Constitucional alemão no período compreendido entre 1951 e 1993. Nela, o controle incidental, concreto e concentrado apresentou um total de 2.846 (dois mil, oitocentos e quarenta e seis) processos e o número de recursos constitucionais somou 91.813 (noventa e um mil, oitocentos e treze). De outro lado, o controle abstrato de normas chegou a apenas 122 processos!!!¹⁰.

Observe-se, além disso, que, apesar de sua denominação, o recurso constitucional não deve ser confundido com uma espécie de recurso ordinário, que permite se revolver toda a matéria já discutida no feito. Não. Ele é um remédio extraordinário, cuja utilização só se torna possível quando houver ofensa a direitos fundamentais, que estão previstos na Lei Fundamental de Bonn nos artigos 1º a 19, ou assemelhados, presentes nos artigos 20, alínea 4 (direito de resistência), 33 (igualdade dos direitos cívicos dos alemães, funcionalismo de carreira), 38 (direitos políticos eleitorais), 101 (proibição de tribunais de exceção), 103 (direito de ser ouvido, proibição das leis penais retroativas e acúmulo de penas) e 104 (garantias jurídicas no caso de privação de liberdade).

⁹ Ressalte-se que, em se tratando de estrangeiros e de pessoas jurídicas, deve-se levar em conta as peculiaridades de cada um para se lançar mão desse mecanismo de controle. Assim é que, por exemplo, não será possível um estrangeiro promover um recurso constitucional com base no art. 33 da Lei Fundamental, que trata da igualdade dos direitos cívicos dos alemães, pois essa matéria diz respeito apenas a esses. No que tange às pessoas jurídicas, não seria de se imaginar que ela pudesse interpor um recurso constitucional alegando ofensa ao disposto no art. 104 da Lei Fundamental, que trata justamente das garantias jurídicas no caso de privação da liberdade, pois, nesse caso, a sua própria natureza impede esse tipo de ação.

¹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 364.

Entretanto, não basta a simples ofensa a direitos fundamentais ou assemelhados para que se possa interpor o recurso constitucional. Na verdade, apenas depois de esgotadas todas as vias judiciais e, mesmo assim permanecendo a ofensa, é que será possível o manejo desse recurso. Aplica-se-lhe, portanto, o princípio da subsidiariedade.

Excepcionalmente, contudo, o Tribunal Constitucional Federal pode desconsiderar essa exigência e analisar diretamente o recurso constitucional. Isto se dá em duas situações especiais: a primeira ocorre quando a matéria debatida no recurso interposto disser respeito à questão de interesse geral; a segunda refere-se àquelas situações em que exigir do postulante que primeiro se dirija às instâncias ordinárias para, só então, recorrer à via extraordinária, possa lhe trazer um prejuízo de difícil ou incerta reparação. Ressalte-se, no entanto, que o Tribunal age com muita cautela ao levantar essa exigência, vez que a tramitação/discussão da matéria nas instâncias ordinárias lhe é útil, na medida em que lhe fornece um número maior de fundamentos, argumentos e posicionamentos, permitindo, portanto, o maior amadurecimento da questão.

Além da necessidade do respeito ao princípio da subsidiariedade, o impetrante deverá observar, ainda, o prazo correto para a sua interposição. Assim, se o recurso constitucional tiver por objeto a impugnação de decisão judicial, o prazo para a sua interposição é de 1 mês, a contar da data de sua prolação. Tendo, entretanto, por objeto ato que não seja passível de controle judicial, o prazo será de 1 ano, a partir da publicação do ato vergastado.

Ressalte-se que o juízo de admissibilidade do recurso constitucional alemão, momento em que será verificado o respeito a esses pressupostos processuais, é realizado, conforme vimos, pelas Câmaras existentes nos Senados do Tribunal e que se compõem, cada uma, de três ministros. A decisão que proferem, admitindo-o ou não, não é passível de recurso e nem tem que ser necessariamente fundamentada.

É interessante observar, ainda, que, no que diz respeito à decisão que julga o recurso constitucional, essa tem natureza anulatória. Assim, nos casos em que o ato impugnado é uma decisão judicial e seja reconhecida a ofensa a direito fundamental ou assemelhado do impetrante, o Tribunal Constitucional Federal anula-a e remete o feito para a instância de origem, para que outra seja proferida em seu lugar, atentando-se, contudo, agora, àqueles direitos antes fustigados. Se, ao revés, for um ato normativo não passível de controle judicial, ele também deverá ser anulado.

Dada a importância desse instrumento para a garantia da legitimidade da ordem jurídica, vemos que, no direito comparado, alguns países também lançam mão de instrumento parecido nos seus modelos de controle de constitucionalidade. Assim, por exemplo, é que na Espanha temos o recurso de amparo, cujas funções equivalem ao do mecanismo ora estudado.

O Brasil até que tentou implantar aqui um mecanismo parecido de controle de constitucionalidade. No nosso sistema, seria a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) que desempenharia esse papel. Prevista inicialmente no parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal, com a Emenda Constitucional n. 3/93 passou a ocupar o § 1º desse mesmo artigo. Entretanto, embora tivesse previsão constitucional, não se sabia ao certo qual seria a sua função, o que chegou a dar ensejo, inclusive, à proposta de sua retirada do Texto Magno, quando da revisão constitucional, ocorrida em 1993¹¹. Buscando, então, dar-lhe uma utilidade é que a doutrina passou a vê-la como um instrumento semelhante ao recurso constitucional alemão, o que nos auxiliaria sobremaneira na concreção do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Acontece que, com a procedimentalização da ADPF, vinda com a Lei n. 9.882/99, o Sr. Presidente da República, na época Fernando Henrique Cardoso, vetou o inciso II, do art. 2º, que permitia o amplo acesso de qualquer cidadão ao Supremo Tribunal Federal para a defesa de seus direitos e garantias fundamentais, ao fundamento de que isso inviabilizaria o trabalho daquela Corte. Justamente por causa dessa atitude antidemocrática é que no nosso sistema não temos um instituto parecido com o recurso constitucional alemão, ou recurso de amparo espanhol, o que, no nosso entender, representa um déficit para a nossa democracia¹².

Controle abstrato de constitucionalidade

Diferentemente do nosso sistema, em que existem várias ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, como ADIn genérica, ADIn omissiva,

¹¹ “A arguição de descumprimento de preceito fundamental não restou incólume às propostas revisionais. A PRE n. 1956-1, de autoria do Deputado Adroaldo Streck, propunha a sua supressão do Texto Constitucional, assim justificando-se: ‘A par do amplíssimo modelo de controle abstrato, consagrado no art. 103, criou o constituinte, no art. 102, parágrafo único, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma da lei. Trata-se de inovação, s.m.j., sem qualquer paradigma nos diferentes sistemas de controle de constitucionalidade (*sic*). Embora seja possível e necessário identificar os princípios fundamentais de determinado ordenamento constitucional, não se costuma outorgar-lhes proteção processual específica diferenciada. A aferição de eventual ofensa às regras disciplinadoras da revisão ou aos princípios protegidos por cláusula da intangibilidade faz-se, normalmente, mediante controle abstrato ou através de outras modalidade de controle de normas. É fácil ver que referida norma pode ser eliminada do texto constitucional sem maiores prejuízos” (TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 21).

¹² Na verdade, o que temos assistido é a uma aguda verticalização do nosso modelo de controle de constitucionalidade, o que se percebe claramente com as recentes alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 3/93 e pelas Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99. Por meio delas, fica-nos claro que a preocupação dos legisladores/governantes têm sido apenas com a governabilidade e não a de fazer com que a Constituição seja um instrumento de garantia, defesa e promoção dos direitos fundamentais. Adotando-se essa postura, não resta a menor dúvida de que a instituição de um mecanismo de controle nos moldes do recurso constitucional alemão não seria do interesse dos que governam; iria atrapalhar muito!

ADC, ADPF, na Alemanha, há apenas uma arguição de inconstitucionalidade, que pode ser promovida, perante o Tribunal Constitucional Federal, por um número reduzido e limitado de legitimados, conforme dispõe o art. 93.1.3 da LFB.

De acordo com referido dispositivo constitucional, é parte legítima para propor esse tipo de controle o Governo Federal, os Governos Estaduais e 1/3 do Parlamento Federal. Aqui também não é indispensável a figura do advogado para a realização de todos os atos processuais, sendo necessária a sua presença apenas em audiências. Mas, mesmo assim, ele pode ser substituído por um professor de direito, hipótese que, para o nosso ordenamento jurídico, é inusitada.

Quanto ao objeto desse controle, três são as hipóteses que autorizam o manejo dessa via: a) a incompatibilidade de lei federal com a Lei Fundamental; b) a ofensa de lei estadual à Lei Fundamental; e c) o desrespeito de lei estadual à lei federal. No que dizem respeito às duas primeiras hipóteses, essas não nos são estranhas, pois situações parecidas abrem, no nosso modelo de controle de constitucionalidade, a via abstrata.

Entretanto, a terceira hipótese, qual seja, a que dispõe sobre o desrespeito de lei estadual à lei federal é completamente estranha ao nosso sistema, vez que no Brasil os atos normativos ordinários das diferentes unidades da federação, desde a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal gozam de mesma hierarquia e apenas se diferenciam entre si pela matéria que compete a cada um deles regulamentar. Mas, na Alemanha, se uma lei da Baviera, por exemplo, ofender uma lei federal, possível é a interposição de uma arguição de inconstitucionalidade, perante o Tribunal Constitucional Federal para se discutir essa questão.

162

Ressalte-se que, quando se fala em lei federal e lei estadual, está-se tomando esse termo em uma concepção lata, por meio da qual se abrangem, inclusive, os costumes, desde que, no primeiro caso, seja nacionalmente válido e reconhecido como tal, ou, no segundo, seja regionalmente assim considerado.

Além dessas hipóteses, outras ainda podem ser apontadas como autorizadas desse tipo de controle. Um exemplo típico é o das emendas constitucionais¹³. Como a Lei Fundamental impõe limitações ao poder constituinte derivado, em seu art. 79, 2 e 3, o desrespeito a tais requisitos eiva o ato normativo do vício da inconstitucionalidade, que pode ser discutido na via abstrata por intermédio de arguição de inconstitucionalidade. Admite-se, ainda, o controle do direito pré-constitucional, desde que, nos termos do art. 123 da LFB, após reconhecimento judicial de sua validade, continuem a valer como direito federal ou estadual.

Entretanto, deve-se salientar que, para ser possível a propositura dessa arguição de inconstitucionalidade, não basta apenas alegar a ocorrência de qualquer

¹³ Quanto às normas constitucionais originárias, não se tem admitido o seu controle, inclusive por inexistência de um parâmetro seguro e certo para realizá-lo.

uma daquelas três hipóteses anteriormente mencionadas. É necessário, ainda, que, em relação a elas, penda dúvida ou controvérsia acerca de sua constitucionalidade, requisitos que traduzem a existência de uma situação de insegurança jurídica que a citada arguição pretenderá resolver.

Por dúvida, entende-se aquela situação em que se tenham fortes indícios e argumentos que demonstrem ser o ato normativo impugnado inconstitucional. É claro que, por um lado, não se pretende emprestar a esse termo a mesma força que a certeza tem; mas, por outro lado, não se pode contentar com a simples hesitação, já que o Tribunal não pode ser confundido com órgão de consulta, nem deve ser provocado para resolver questões sem importância prática. Assim, a dúvida deve ser entendida como aquela inquietação cujos argumentos sejam de tão forma plausíveis que gerem uma situação de insegurança jurídica, exigindo, para resolvê-la, a atuação do Tribunal Constitucional Federal.

A controvérsia, por seu turno, difere-se da dúvida pelo fato de que, enquanto essa se manifesta em apenas uma parte, naquela há uma divergência entre pessoas distintas acerca da constitucionalidade do ato normativo impugnado.

Acrescente-se ainda que, em se tratando de controle abstrato, não é possível o controle preventivo, mas tão somente repressivo. Ademais, a arguição de inconstitucionalidade deve ser sempre promovida por meio de petição escrita, fundamentada e subscrita por um dos legitimados ou por seu procurador. E, diferentemente do recurso constitucional, e do que ocorre, por exemplo, na Espanha, o controle abstrato não está sujeito a prazo.

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de os ministros do Tribunal Constitucional Federal poderem se valer de variadas providências na instrução da arguição, como, por exemplo, a oitiva de *experts*, a realização de perícias e a manifestação de outros órgãos, o que acaba desmistificando a natureza objetiva desses processos. É interessante observar que o Brasil, com a edição das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99, passou a admitir tais providências no nosso controle abstrato de constitucionalidade. Nesse particular, entendemos que andou bem o nosso legislador ordinário.

Por fim, cumpre apenas ressaltar que, conforme vimos quando tratamos do recurso constitucional, a via abstrata no controle de constitucionalidade alemão não goza de tanto prestígio, sendo, na verdade, o mecanismo menos utilizado dentre todos os outros.

Controle concreto de constitucionalidade

Ao contrário do que muitos imaginam, na Alemanha não existe apenas o controle abstrato de constitucionalidade; há, também, o concreto. Previsto no art. 100 da LFB, ele ocorrerá em três hipóteses, quais sejam: a) quando, no curso de um processo, suspeitar-se da inconstitucionalidade de uma lei de cuja validade

dependa a solução do feito; b) dúvida acerca da vigência no sistema alemão de regra de Direito Internacional Público e se ela cria direitos e obrigações; e c) quando, na interpretação de uma lei, o Tribunal de um Estado se afastar da posição do Tribunal Constitucional Federal, ou de outro da federação.

Com relação à primeira hipótese, ela ocorre naquelas situações em que, durante a tramitação do feito, surja a dúvida ou controvérsia em torno da inconstitucionalidade de lei que deverá ser aplicada ao caso para decidi-lo. Essa suspeita pode surgir tanto entre as partes quanto no próprio juiz. Se essa questão acontecesse no Brasil ou nos Estados Unidos, por exemplo, o magistrado poderia decidi-la de plano, e, considerando-a inconstitucional, simplesmente a deixaria de aplicar no caso concreto.

Entretanto, o modelo alemão de controle concreto de constitucionalidade contém peculiaridades que o distinguem do sistema brasileiro e do norte-americano. Lá, como existe um Tribunal Constitucional Federal que detém o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis, o juiz, entendendo padecer a lei questionada daquele vício, deverá suspender o feito e remeter a questão para aquele Tribunal, que se pronunciará, então, a seu respeito. E, uma vez decidindo esse incidente, o feito retomará a sua tramitação, devendo ser composto, observando-se o que foi decidido pelo Tribunal Constitucional Federal¹⁴.

164

No caso, contudo, de o juiz alemão entender que a lei impugnada é constitucional, não haverá necessidade de remeter a questão para o Tribunal Constitucional Federal, vez que, como se disse, o monopólio desse é apenas para declarar a inconstitucionalidade. Assim, na hipótese de surgir a controvérsia, e entendendo o magistrado que a lei é constitucional, bastará aplicá-la ao caso concreto. Caso as partes entendam equivocada a posição adotada, poderão dela recorrer, valendo-se, inclusive, do recurso constitucional na hipótese de estarem presentes os seus pressupostos processuais.

¹⁴ No Brasil, há um instrumento parecido com esse incidente de inconstitucionalidade alemão. Trata-se do procedimento de declaração de inconstitucionalidade previsto nos artigos 480 a 482 do CPC. Ele se insere no nosso controle difuso de constitucionalidade e é utilizado naqueles casos em que for arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público nos Tribunais. Como essa declaração é de competência do Órgão Especial ou do Pleno do Tribunal, a teor do art. 97 da CF, assim que surgida a questão, ela deverá ser posta em julgamento. Se rejeitada, prossegue-se o julgamento do feito; se acatada, lavra-se, então, o acórdão e a remete para o Órgão Especial ou Pleno do Tribunal, que a apreciará. Uma vez decidida essa questão, o feito volta para ser julgado pelo seu juiz natural, que é a Câmara ou Turma suscitante, devendo, nesse momento, observar o que ficou decidido em matéria constitucional, assim como se processa na Alemanha. Ressalte-se que, com a alteração promovida pela Lei n. 9.756/98, a adoção desse procedimento, nos casos em que o Órgão Especial/Pleno do Tribunal ou o Pleno do Supremo Tribunal Federal já houver se pronunciado sobre a questão, passou a ser desnecessária. Conforme defende Cruz (2004), essa alteração é inconstitucional, por usurpação de competência do Senado Federal, já que a aplicação do efeito *erga omnes* às decisões proferidas no controle difuso é atribuição exclusiva desse, conforme determina o art. 52, X, da Constituição Federal.

Ressalte-se, ainda, que, em termos constitucionais, essa questão será remetida para o Tribunal Constitucional Federal apenas no caso de a ofensa ter sido à Lei Fundamental; se, contudo, for à Constituição do Estado, ela será enviada para o Tribunal Estadual competente.

É interessante notar que já se pretendeu implantar no Brasil um incidente de inconstitucionalidade no nosso controle abstrato, nos moldes alemães, por mais de uma vez¹⁵. A última se deu com a ADPF incidental, que pode ser depreendida da análise conjunta do art. 5º, § 3º, com o art. 10, § 3º, todos da Lei n. 9.882/99. Entretanto, até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal, por força da decisão monocrática liminar do então Ministro Néri da Silveira, proferida na ADIn n. 2.231-8, suspendeu o § 3º, do art. 5º, daquela lei, ao fundamento de que a criação da ADPF incidental deveria ser veiculada por meio de emenda constitucional¹⁶.

A segunda hipótese de controle concreto de constitucionalidade alemão não configura, a rigor, uma forma de controle de constitucionalidade, já que não se cogita aqui de uma situação que representaria uma ofensa à Lei Fundamental. Todavia, essa regra, para o contexto alemão, é de suma importância, pois, de acordo com o art. 25 da LFB, “As normas gerais de direito internacional público fazem parte do direito federal. Elas se sobrepõem às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal”. Assim, no caso concreto, haja vista essa regra constitucional, torna-se necessária a sua comprovação, para que a lide seja devidamente composta.

E, por fim, a terceira hipótese diz respeito àquelas situações em que um Tribunal, ao decidir o feito, possa vir a adotar posição diferente daquela esposada pelo Tribunal Constitucional Federal ou de qualquer outro da federação. A finalidade, portanto, dessa forma de controle, nesse caso, é minimizar a existência de decisões conflitantes. Atente-se, contudo, que, por essa sistemática, a busca por essa harmonização não se dá pela imposição arbitrária feita de cima para baixo, mas se baseia num constante diálogo travado entre o Tribunal Constitucional Federal e as demais instâncias ordinárias, permitindo sempre que as posições anteriormente tomadas sejam revistas. Com isso, evita-se o engessamento da jurisprudência.

¹⁵ “Na revisão constitucional, realizada em 1994, cogitou-se em incorporar ao modelo brasileiro uma terceira via, que não se enquadrasse nos modelos difuso e concentrado em vigor no Brasil. Seria a via incidental/concentrada, tal como ocorre na Alemanha (art. 100, I, da Carta de Bonn e § 13, II, e § 80 e seguintes da lei do Tribunal Constitucional) (...)” (CRUZ, op. cit., p. 435). Ressalte-se que, conforme nos informa Cruz (2004), essa proposta foi rejeitada por ter sido considerada inconstitucional.

¹⁶ Cruz (op. cit.) critica a posição adotada pelo Ministro Néri da Silveira. Apesar de também entender que a alteração é inconstitucional, na verdade, o fundamento em que se baseia é outro: segundo diz, ao se instituir a ADPF incidental, usurpou-se competência não do Poder Constituinte Derivado, mas, sim, do Originário, que previu apenas duas formas de controle e não três. Assim, a inclusão dessa terceira via representaria fraude à Constituição.

dência, já que há uma porta aberta para que os novos argumentos e interpretações surgidas nas instâncias ordinárias possam chegar ao Tribunal Constitucional e promover a mudança de sua posição.

AS DECISÕES TOMADAS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Após termos visto como se dão os mecanismos de controle de constitucionalidade alemão, resta-nos, agora, estudar de que maneira aqueles processos são decididos e quais os efeitos que as suas decisões possuem.

Conforme ensina Sarmento,

na Alemanha, vigora [...] o princípio da nulidade da norma inconstitucional, o que empresta caráter retroativo às decisões proferidas no controle de constitucionalidade. Embora tal princípio tenha sido expressamente enunciado na Constituição alemã, a doutrina dominante o deduz como corolário do postulado da supremacia da Constituição¹⁷.

A despeito disso, em razão da influência do referencial teórico adotado pelo Tribunal Constitucional Federal, a jurisprudência de valores, essa determinação constitucional tem sido flexibilizada, o que permitiu a construção de outras formas de decisão, como a declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a interpretação conforme à Constituição e o apelo ao legislador.

Apenas para se explicar como essa flexibilização foi possível, devemos ter em mente que a jurisprudência de valores é uma corrente do pensamento contemporâneo que vê o ordenamento jurídico e a Constituição como ordens concretas de valores. Essa vertente teórica, como aponta Cruz¹⁸, recebeu influxos de diversas correntes na sua constituição, variando desde a “jurisprudência dos interesses”, lá do positivismo analítico, passando pelo “Movimento para o Direito Livre”, além da influência recebida pela “Teoria Material da Constituição”, desenvolvida pela Escola de Zurique. Alie-se a isso a catástrofe que representou o período nazista, em que milhões de pessoas foram mortas, sem que o Poder Judiciário alemão se antepusesse a essa realidade, quedando-se inerte sob uma alegada legalidade dos atos praticados pelo *Reich*.

Uma vez, então, restaurada a ordem no pós-guerra, os alemães entenderam necessário eleger um parâmetro superior à própria legalidade, já que, conforme a história lhes demonstrou, essa não foi suficiente para a defesa e garantia de direitos

¹⁷ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 9-45.

¹⁸ CRUZ, op. cit.

fundamentais. Assim, partindo de toda a base teórica antes apontada, conceberam a Constituição como uma ordem concreta dos seus valores superiores, os quais convergiram todos para um núcleo rígido, que era a dignidade da pessoa humana.

Reconhecendo, além disso, que o direito não se compunha apenas de regras, mas também de princípios, a questão que se apresentava agora para o Poder Judiciário alemão e, em especial para o Tribunal Constitucional Federal, era o de saber como lidar com essa nova realidade e como resolver os conflitos resultantes da colisão entre regras e princípios.

Robert Alexy¹⁹ teve, então, um papel importante na sistematização da jurisprudência de valores. Embora não tenha participado da sua estruturação, contribuiu muito para a tentativa de solução dos conflitos envolvendo regras e princípios. Para ele, enquanto as regras se caracterizam por serem razões definitivas, os princípios são *mandados de otimização*, que não contêm razões definitivas, senão apenas *prima facie*, e estabelecem aquilo que deve ser realizado na maior medida possível. Assim, enquanto as regras preveem as suas hipóteses de aplicação, o mesmo não se dá com os princípios, pois apenas a análise do concreto é que determinará o aplicável.

Da mesma maneira, o conflito entre regras e princípios não se confundem. Isso porque, no primeiro caso, a colisão se dá em abstrato e a sua solução ocorre na dimensão da validade. Assim, havendo o confronto entre duas regras, uma delas será válida e, portanto, aplicável, ao passo que a outra não, salvo se existir uma cláusula de exceção entre elas.

No que diz respeito aos princípios, entende Alexy que não é possível se falar em conflito senão no caso concreto. E essa tensão se manifestará quando aplicados separadamente ao caso concreto, eles conduzirem a resultados contraditórios. Nesse caso, sustenta que um deles deverá ceder ao outro, o que, contudo, diferentemente do que ocorre com o conflito de regras, não importará a invalidade do cedente.

É interessante observar, então, que, para Alexy, enquanto a solução do conflito de regras se dá no plano da validade, o de princípios ocorre na dimensão do peso. “Essa ideia de peso significa que o conflito entre princípios será resolvido tendo em vista a sua hierarquização. Não uma hierarquização absoluta, é verdade, mas uma hierarquização tendo em vista o caso concreto, realizada pelo procedimento de ponderação dos princípios envolvidos na situação”²⁰. E, essa ponderação, como já é possível se inferir do contexto, significa a precedência de um princípio sobre o outro, em razão do maior peso de um deles no caso concreto.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Sival. São Paulo: Landy, 2001.

²⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: o estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 175.

Baseando-se, então, nessa corrente teórica, o Tribunal Constitucional Federal alemão passou, em determinados casos, a ponderar, por exemplo, o princípio da segurança jurídica e o da supremacia da Constituição, assim como esse e o da discricionariedade legislativa, o que lhe permitiu criar aqueles tipos de decisões que não se confundem com a simples declaração de nulidade da norma inconstitucional.

Como se vê, a jurisprudência de valores permite que o Tribunal Constitucional Federal alemão possa ter uma verdadeira função de legislador concorrente, e, por que não dizer, de Poder Constituinte Originário. Isso porque, ao admitir ser possível a transigência com a supremacia da Constituição, ele passa a ter poder maior do que essa, já que será ele quem dirá em que momento e de que forma aquele princípio vigorará, quando, na verdade, deveria ser o contrário.

Além disso, deve-se ressaltar que, por mais bem intencionado que seja o trabalho da jurisprudência de valores, ela peca por um problema metodológico: atribui ao direito uma dimensão axiológica em vez de deontológica, na medida em que confunde norma com valor. E, como se sabe, normas e valores são elementos distintos. Nesse sentido, preciosa é a lição de Habermas:

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades, eles não podem ser aplicados da mesma forma. Posso orientar o meu agir concreto por normas ou valores, porém a orientação da ação não é a mesma nos dois casos. A pergunta: “o que eu devo fazer numa situação dada?” não se coloca da mesma maneira em ambos os casos, nem obtém a mesma resposta. À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável. O problema da aplicação exige, naturalmente, em ambos os casos, a seleção da ação correta; porém, no caso de normas, “correto” é quando partirmos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa para todos; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é “correto” o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom para nós²¹.

Fizemos esse comentário a respeito da jurisprudência de valores simplesmente para explicar de que maneira foi possível ao Tribunal Constitucional Federal

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V. 1.

alemão criar aqueles outros tipos de decisão. Deve-se dizer, ainda, que além dessas críticas, outras poderiam ser feitas à jurisprudência de valores. Entretanto, por não ser esse o objetivo específico desse trabalho, que, por si só daria origem a um novo estudo, por aqui pararemos e passaremos, nesse instante, a analisar as decisões proferidas por aquele Tribunal.

Declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade

Como foi anteriormente apontado, a Alemanha adota o entendimento segundo o qual a norma inconstitucional é nula. Portanto, a sentença que a reconhece é declaratória e os efeitos são retrooperantes.

Quanto aos tipos de declaração de nulidade da norma inconstitucional, Mendes²² adota uma classificação que aqui usaremos, por ser bastante didática. Segundo diz, o ato normativo com aquele vício pode ser declarado total ou parcialmente nulo, ou apenas hipóteses de sua aplicação podem ser assim consideradas. Dessa forma, teremos: a) declaração de nulidade como unidade técnica; b) declaração de nulidade total; c) declaração de nulidade como extensão; e d) declaração parcial de nulidade.

No que diz respeito à primeira forma, ou seja, da declaração de nulidade como unidade técnica, Mendes²³ afirma que é hipótese rara, vez que pressupõe a incompatibilidade de todos os dispositivos de uma norma com a Lei Fundamental. Isso ocorre, em geral, naquelas situações em que, por uma irregularidade formal, deva se considerar toda a lei inconstitucional. É o que se dá, por exemplo, quando ocorre um vício de iniciativa ou equívocos/omissões no processo legislativo.

A declaração de nulidade total do ato normativo inconstitucional, por seu turno, não se confunde com a hipótese já exposta, embora a sua denominação possa a isso induzir. De acordo com Mendes²⁴, ela ocorrerá sempre que, conquanto apenas uma parte da norma tenha sido impugnada, a hígida não seja suscetível de ter vida autônoma, sem que isso comprometa a sua aplicabilidade ou mesmo a vontade do legislador. Nesses casos, apesar de apenas uma parte da lei padecer daquele vício, declara-se toda a lei inconstitucional, para se evitar aludidos percalços.

Situação diversa é a da declaração de nulidade por extensão, que está prevista no § 78, 2º período da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal. Por ela, assim como na hipótese anterior, apenas uma parte da lei teve a sua constitucionalidade questionada. Todavia, pelos mesmos fundamentos, o Tribunal verifica que a parte omitida também padece do mesmo vício. Assim, por extensão,

²² MENDES, op. cit.

²³ Id.

²⁴ Id.

declara inconstitucional não apenas a parte impugnada, como toda a lei. Observe-se, no entanto, que essa situação não se confunde com a anterior, pois, enquanto naquela uma parte da lei, apesar de constitucional, é declarada inconstitucional, por não ser possível ter vida autônoma, nesse caso, uma parte da lei, a despeito de não questionada, pelos mesmos fundamentos foi considerada inconstitucional pelo Tribunal, e, por isso, assim declarada.

A última situação refere-se à declaração parcial de nulidade. Nesse caso, é possível se separar a lei impugnada em partes autônomas, sendo que a hígida pode ser aplicada normalmente sem incorrer em quaisquer vícios. Então, ao Tribunal Constitucional Federal é lícito declarar a inconstitucionalidade apenas da parte questionada. Essa declaração, contudo, poderá redundar em supressão do texto de lei, quando falamos em declaração parcial de nulidade com redução de texto, ou quantitativa, ou poderá recair apenas sobre uma das hipóteses de aplicação do texto legal, quando, então, estaremos diante da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, ou qualitativa.

Nos casos de declaração parcial de nulidade sem redução de texto, como dito, o texto normativo fica incólume, retirando-se apenas uma de suas hipóteses de aplicação. Assim, por exemplo, se uma determinada Lei A é promulgada e se destina a regulamentar as situações B, C e D, mas, com relação a essa última é inconstitucional, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que não se justificaria declarar toda essa lei inconstitucional. Poderia, nesse caso, apenas impedir que ela se aplicasse àqueles casos em que era incompatível. Dessa maneira, no exemplo já referido, bastaria declará-la inconstitucional desde que no seu âmbito de incidência estivesse compreendida a situação D. Em outras palavras: excluída a situação D, a Lei A será constitucional.

Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

No item anterior, vimos as declarações de inconstitucionalidade que acarretavam a nulidade do ato normativo impugnado. No presente, veremos aquelas que, não obstante reconheçam o vício, abstêm-se de pronunciar a sua nulidade.

Esse tipo de decisão é fruto da influência da jurisprudência de valores adotada pelo Tribunal Constitucional Federal. Aqui, o Tribunal hierarquiza a segurança jurídica, a discricionariedade legislativa e a supremacia constitucional. E, por entender que os dois primeiros têm peso maior, reconhece a inconstitucionalidade, mas se furta de declarar a nulidade do ato.

Esse tipo de decisão, atualmente entrando em desuso na Alemanha, ao mesmo tempo em que ganha prestígio no Brasil, pode ocorrer em duas situações: a primeira, diz respeito à ofensa ao princípio da isonomia; a segunda, refere-se à omissão legislativa parcial.

No primeiro caso, temos aquelas situações em que uma lei fornece benefícios a uma determinada classe ou camada social e não o faz em relação a outra, sem que para isso existam fundamentos que justifiquem a discriminação. Tendo essa lei a sua constitucionalidade questionada, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que se reconhecesse a sua inconstitucionalidade, e, por conseguinte, pronunciasse a sua nulidade, não só não resolveria a situação, como, na verdade, a agravaria, pois os prejudicados não teriam o seu direito reconhecido, e os que já estavam gozando desse benefício perdê-lo-iam. Em síntese: ninguém ficaria satisfeito.

Na segunda situação, o que ocorre é uma regulamentação legal incompleta por parte do legislador. Da mesma forma que a situação anterior, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que, se além de declarar a inconstitucionalidade pronunciasse a nulidade da parte já legislada, agravaria a situação, pois em vez de se ter uma disciplina normativa incompleta, com aquela decisão não haveria nenhuma.

Em ambas as situações, o Tribunal Constitucional Federal optou por reconhecer que aquela lei era inconstitucional, mas não pronunciou a sua nulidade, com o intuito de preservar a segurança jurídica. E, por respeito à discricionariedade legislativa, exortou o legislador para corrigir essa situação.

Saliente-se que, apesar de no início ter adotado posição diferente, hoje os efeitos desse tipo de decisão se assemelham com os da declaração de nulidade. Algumas diferenças existentes entre elas não permitem, contudo, que se possa tomá-las como idênticas. São elas: enquanto na declaração de nulidade, por não se reconhecer efeito válido à lei assim declarada²⁵, permite-se o efeito repristinatório, o mesmo não se dá na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, vez que não se admite a restauração do direito anterior. A outra é que na declaração de nulidade a lei nula não poderá mais ser aplicada, por ter sido extirpada do ordenamento jurídico. Entretanto, na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, isto é admissível para se evitar vácuo jurídico²⁶.

Por fim, é interessante notar que, conforme adverte Sampaio:

Não raro também, tanto na inconstitucionalidade seguida de nulidade, quanto gerando a simples inconstitucionalidade, mas acrescida da proibição da aplicação da norma inconstitucional, a Corte termina por esta-

²⁵ Existem, entretanto, certas exceções, as quais veremos em seu tempo, quando estudarmos os efeitos dessas decisões.

²⁶ Por adotarmos marco teórico distinto, entendemos não ser possível se realizar esse tipo de ponderação. Isso porque, sendo o código do direito binário, ou bem a disposição normativa é constitucional, por ser consentânea com a Lei Maior, ou não é, situação em que não se permitirá mais a sua aplicação. Admitir esse tipo de decisão conciliatória importa diminuir a força da Constituição, ao mesmo tempo em que se reconhece ao Tribunal Constitucional o papel de verdadeiro Poder Constituinte Originário. Essa situação é perniciosa não só para a democracia, como também para a própria legitimação da ordem jurídica.

belecer um regime jurídico provisório até a edição da nova disciplina, fundando-se em dispositivo de sua Lei Orgânica que lhe dá poderes para determinar a forma de execução das sentenças, se é que essa atividade se pode enquadrar perfeitamente no conceito de execução²⁷.

Interpretação conforme à Constituição

A interpretação conforme à Constituição é um tipo de decisão muito utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e hoje, também, pelo Brasil. Baseada na presunção de constitucionalidade das leis, aliada a uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico, ela procura encontrar, nas hipóteses interpretativas da norma impugnada, uma que a torne compatível, ou melhor, conforme à Constituição.

Segundo Sampaio, citando Muller e Larenz, na interpretação conforme à Constituição

(...) exige-se primeiramente que os “meios tradicionais” ou outros instrumentos de concretização, revelem ou explicitem os vários sentidos da disposição, para, em seguida, haver a opção pela interpretação conforme. (...)

Somente depois da identificação dos vários sentidos, para usar a metáfora francesa, é preciso retirar o veneno da disposição de norma, fazendo-se uso quase sempre de uma interpretação restritiva ou de uma redução teleológica que diminua o âmbito de incidência da norma, ou, por outra, revele uma norma subjetiva ou objetivamente menos ampla ou genérica do que poderia indicar a sua disposição textual²⁸.

A despeito de seu difundido uso, é comum a confusão entre a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução do texto. E essa confusão se justifica pelo fato de que, em ambas as técnicas, não se trabalha diretamente com o texto normativo, mas, sim, com as suas hipóteses de aplicação. Enquanto na declaração parcial de nulidade sem redução do texto se retira do seu contexto aquela situação que a torna inconstitucional, na interpretação conforme o que se busca é justamente aquela que permite que a norma impugnada possa ser considerada constitucional.

Na prática, os Tribunais, em especial o STF, acabam por confundir uma com a outra²⁹. Entretanto, Mendes³⁰ defende a posição de que, a despeito das semelhanças,

²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194.

²⁸ Id.

²⁹ Ibid., p. 168.

³⁰ MENDES, op. cit.

elas não se misturam. Isso porque, enquanto uma (declaração parcial de nulidade sem redução de texto) é técnica de decisão, a outra (interpretação conforme à Constituição) é técnica de interpretação, tanto que o dispositivo da decisão tomada na primeira hipótese é no sentido de se declarar a inconstitucionalidade de uma interpretação, ao passo que, na segunda, é de improcedência do pedido, haja vista a possibilidade de a norma impugnada se compatibilizar com a ordem constitucional.

Além disso, Mendes³¹ diz que a declaração de compatibilidade não corresponde nem a uma censura de outras interpretações nem à fixação de uma única interpretação como válida, o que é diferente do que ocorre com a declaração parcial de nulidade sem redução de texto, que, como vimos, inibe uma das hipóteses interpretativas da norma impugnada, por ser tida por inconstitucional.

Apelo ao legislador (*Appellentscheidung*)

Tendo como antecedente a decisão de 4 de maio de 1954 sobre o Estatuto do Sarre, o apelo ao legislador somente recebeu essa denominação em 1970, por obra de Rupp v. Brünneck, antiga ministra do Tribunal Constitucional Federal alemão³².

O Tribunal Constitucional Federal alemão aplica o apelo ao legislador naquelas situações em que, conquanto entenda ser a lei ainda constitucional, constata que ela está em processo de inconstitucionalização, seja em razão da alteração das situações fáticas, jurídicas ou fáticas e jurídicas. Assim, a lei ainda é constitucional, mas em breve se tornará inconstitucional³³.

Dessa forma, em termos processuais, quando se lança mão desse tipo de decisão, julga-se improcedente o pedido formulado na arguição de inconstitucionalidade, eis que a norma questionada é ainda constitucional, mas o Tribunal Constitucional Federal exorta o legislador para que esse promova as alterações legislativas necessárias para se evitar que aquele vício se consuma.

Desse modo, o “apelo ao legislador” assume na Alemanha um caráter de advertência que a Corte Constitucional faz ao Parlamento, deixando

³¹ MENDES, op. cit.

³² Ibid., p. 238.

³³ No Brasil, temos um exemplo bastante interessante sobre o processo de inconstitucionalização progressiva de normas. É o caso da competência para se promover a ação civil *ex delicto*. Antes do advento da atual Constituição Federal, por força do art. 68 do Código de Processo Penal, incumbia ao Ministério Público promover essa ação, quando o titular do direito de reparação não tivesse meios para intentá-la. Promulgada a nova Constituição essa atribuição passou a ser da Defensoria Pública. Entretanto, como ainda não existem Defensorias Públicas organizadas em todas as comarcas, admite-se, excepcionalmente, que o Ministério Público, naquelas comarcas em que não haja Defensoria Pública organizada, promova essa ação. Contudo, assim que esse problema estrutural se resolver, aquela regra do Código de Processo Penal se tornará inconstitucional, já que não se justificará mais a atuação excepcional do Ministério Público.

claro que estará atenta à evolução dos fatos que conduzirão à modificação da situação de constitucionalidade para inconstitucionalidade. Nesse caso específico, a Corte não legisla, mas seu apelo praticamente tem a força de um encaminhamento de um projeto de lei³⁴.

Não obstante isso, é importante acrescentar que esse tipo de exortação ao legislador para a adoção das providências necessárias para se manter a higidez constitucional não é elemento exclusivo do “apelo ao legislador”. Conforme vimos, isso também ocorre na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, só que, enquanto nessa o ato normativo impugnado é inconstitucional e o Tribunal Constitucional Federal requer que o vício seja sanado, no “apelo ao legislador” o que se pretende é evitar que a inconstitucionalidade se instaure.

Essa decisão tem sido alvo de muitas críticas na Alemanha. Isso porque o Tribunal Constitucional não teria como prever o momento exato em que haveria a conversão do estado de constitucionalidade para o de inconstitucionalidade da norma questionada. Além disso, como salienta Mendes³⁵, os doutrinadores alemães questionam a ausência de base legal para a adoção desse tipo de decisão. E, por fim, não seria função do Tribunal Constitucional compensar o déficit do processo de decisão parlamentar, já que se esse ainda não atentou para esse fato, nem tomou as medidas necessárias para evitá-lo, não caberia ao Poder Judiciário fazer isso por ele.

174

Entretanto, em que pesem as críticas desferidas a esse tipo de decisão, ela continua a ser praticada na Alemanha, sendo, na verdade, responsável por profundas mudanças legislativas. Isso certamente se deve muito ao prestígio de que goza o Tribunal Constitucional Federal alemão.

Declaração de constitucionalidade

Ao contrário do Brasil, a Alemanha não tem um controle positivo de constitucionalidade, até porque, conforme vimos, o Tribunal Constitucional Federal detém apenas o monopólio da declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada.

Na verdade, a declaração de constitucionalidade das leis na Alemanha pode resultar tanto da inadmissão da arguição de inconstitucionalidade quanto da improcedência do controle exercido.

No primeiro caso, o controle de constitucionalidade instaurado não tem como prosseguir por desrespeito a pressupostos processuais previstos no § 76 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal. Entretanto, a despeito de não se

³⁴ CRUZ, op. cit., p. 182.

³⁵ MENDES, op. cit.

analisar o mérito, conforme nos noticia Mendes³⁶, a inadmissibilidade do controle aponta para a constitucionalidade da norma.

No que diz respeito à segunda hipótese, nela há a transposição do juízo de admissibilidade do controle promovido e se adentra na análise do mérito. E, nesse, o Tribunal Constitucional Federal entende que a norma impugnada não padece do vício da inconstitucionalidade, razão por que julga improcedente o pedido formulado pelo autor.

EFETOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Tendo estudado a tipologia das decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional Federal, resta-nos, agora, verificar quais os efeitos que elas possuem.

Conforme já vimos, a Alemanha adota a concepção de que, via de regra, a lei inconstitucional é nula. Sendo assim, a declaração de inconstitucionalidade/nulidade desse ato normativo produzirá efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagirá à data da sua edição.

No entanto, conquanto essa retro-operância induza à ideia de ser ampla, ela não é total. Os atos já revestidos com o atributo da coisa julgada não mais poderão ser desfeitos. Entretanto, não será possível a propositura de ação executiva com base em tais títulos judiciais, salvo as pretensões fundadas em enriquecimento sem causa. Em matéria penal, essa limitação também não se aplica, porquanto será sempre possível a propositura de revisão criminal se a lei incriminadora, ou a em que se baseou a condenação, for declarada inconstitucional³⁷.

No que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, entendemos que não haverá essa retro-operância. Isso porque, conforme vimos, a despeito da reconhecida inconstitucionalidade, não se pronuncia a sua nulidade. Assim, não seria possível aplicar a ela os efeitos retrospectivos próprios da declaração de nulidade. Portanto, entendemos que, no seu caso, o efeito é *ex nunc*, pelo que a norma cuja inconstitucionalidade foi reconhecida não pode ser mais aplicada, à exceção, é claro, dos casos anteriormente vistos, que é para se impedir vácuo jurídico e o efeito repristinatório, sendo que os atos praticados sob a sua égide não poderão ser alcançados.

Além desse, as decisões do Tribunal Constitucional Federal ainda contam com os efeitos *erga omnes* e vinculante. Pelo primeiro, entende-se como a transcendência dos efeitos da coisa julgada para além dos limites subjetivos da lide. Em outras palavras: por meio desse efeito, outras pessoas que não as envolvidas diretamente na lide serão alcançadas pelos efeitos da coisa julgada.

³⁶ MENDES, op. cit.

³⁷ Ibid., p. 200.

Quanto ao efeito vinculante, tem-se entendido que ele significa que o julgado passa a ter força de lei, ou seja, uma vez publicada a decisão no *Diário Oficial*, todos os órgãos da Administração Pública, o Poder Legislativo e mesmo o Judiciário devem acatá-la e proceder em conformidade com o que foi estabelecido pelo Tribunal Constitucional Federal. Ressalte-se que esse órgão não é atingido por esse efeito, podendo, portanto, mudar futuramente a sua posição, desde, é claro, que se alterem as circunstâncias fáticas e/ou jurídicas do seu antigo posicionamento.

Questão que resta saber é se esse efeito vinculante abrange tão somente a parte dispositiva da decisão, ou, se, ao revés, também engloba a *ratio decidendi*, isto é, os motivos determinantes da decisão.

Moraes³⁸ e Mendes³⁹ afirmam que o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal não se restringe apenas ao dispositivo, mas também às razões fundamentais que levaram o Tribunal a tomar aquela decisão.

Ressalte-se que o Brasil passou a adotar o efeito vinculante em seu controle abstrato de constitucionalidade a partir de 1993, com a Emenda Constitucional n. 3, que criou a Ação Direta de Constitucionalidade. Hoje, tais efeitos foram entendidos à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por força das Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99. E, como se isso não bastasse, vemo-nos às voltas de sua aplicação às súmulas jurisprudenciais, por força da PEC n. 29/2000⁴⁰.

Por fim, diferentemente do sistema austríaco e brasileiro, por exemplo, no sistema alemão não existe a possibilidade da manipulação temporal dos efeitos da coisa julgada. Lá, caso se queira retardar os efeitos da decisão, a solução que existe é a de atrasar a publicação do acórdão, haja vista que será a partir desse dia que ela valerá.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, após essa exposição do modelo alemão de controle de constitucionalidade, podemos tirar conclusões a seu respeito.

Conforme pudemos observar ao longo desse trabalho, conquanto se costume classificar o modelo de controle de constitucionalidade alemão como puramente abstrato, tendo-se a falsa impressão de que ele dá mais importância a esse

³⁸ MORAES, op. cit.

³⁹ MENDES, op. cit.

⁴⁰ Em que pese a aparente clareza do que seja o efeito vinculante, na verdade, a sua caracterização no nosso sistema se mostra um pouco mais problemática, mormente quando se lhe compara com o efeito *erga omnes*. Para mais esclarecimentos confira Cruz (op. cit., p. 396-415).

mecanismo do que ao concreto, vimos que, na realidade, isso não ocorre. Na verdade, a principal via de seu modelo de controle é o recurso constitucional, cuja legitimidade é ampla, permitindo a todos os alemães, estrangeiros e pessoas jurídicas dele se valerem, no caso de direitos fundamentais ou assemelhados seus serem ofendidos. Em seguida, vem o controle concreto, para, apenas ao final, vir a via abstrata.

Essa constatação tem um efeito importante: entendemos que reside aí o fato de o controle de constitucionalidade alemão ser tão eficaz, além de ser um valioso instrumento na construção da forte democracia alemã. Ora, o povo lá é visto não como mero espectador que deve esperar que o Leviatã, onisciente e onipresente, diga-lhe o que é a Constituição. Não, lá os alemães têm a possibilidade de participar da construção da sociedade que eles querem para si, através do exercício do papel de guardião da Constituição que efetivamente detêm.

Entretanto, em que pesem os seus aspectos positivos, nem tudo no controle de constitucionalidade alemão é perfeito. A despeito de ter uma ampla abertura à participação popular, entendemos que o referencial teórico adotado pelo Tribunal Constitucional Federal, qual seja, a jurisprudência de valores, compromete a legitimidade de sua atuação. Isso porque, conforme tivemos a oportunidade de observar, ele tem se tornado verdadeiro legislador positivo/concorrente, e, por que não dizer, um autêntico Poder Constituinte Originário, o que extrapola o seu campo de competência.

Por melhor que seja a intenção do Poder Judiciário, a ele não cabe legislar, nem tomar opções políticas, e, muito menos, transigir/ponderar com a supremacia constitucional ou com qualquer outro princípio que seja. Como o código do direito é binário e não gradual, a ele cabe aplicar o direito seguindo essa lógica. Não é sua função alterar a legislação no intuito de melhorá-la. Ele não tem legitimidade para isso. Se admitíssemos isso, teríamos dois legisladores concorrentes: enquanto o eleito pelo povo daria a primeira cartada, o de toga daria a última. Além do que, não se pode desconsiderar que isso é uma alternativa muito perigosa, já que pode se constituir em uma porta aberta para o cometimento de profundas arbitrariedades, haja vista a ausência de controle.

Como entendemos a Constituição como um projeto que visa à construção de uma sociedade justa, solidária e democrática, ao Poder Judiciário compete zelar pelos procedimentos necessários ao alcance daquele fim, garantindo a gênese democrática do direito, pelo respeito ao devido processo legislativo, além de proteger/permitir o exercício da autonomia pública e privada dos cidadãos, incluindo-os na construção daquele projeto. E para isso não é necessário ser legislador concorrente; basta ser apenas Judiciário.

Frise-se que não se está aqui pregando uma divisão de poderes típica do paradigma liberal. De forma alguma. O que se pretende é fazer ver a necessidade

da construção de uma nova divisão de poderes, discursivamente estruturada, em que o Poder Judiciário não se aventure nos discursos de fundamentação, ficando apenas nos de aplicação. E isso, como vimos, não ocorre hoje na Alemanha, já que o Tribunal Constitucional tem se mostrado um verdadeiro legislador concorrente, tendo a sua legitimidade seriamente comprometida.

Apesar disso, entendemos que o estudo do modelo alemão de controle de constitucionalidade tornou-se necessário no Brasil, mormente após as recentes alterações no nosso modelo de controle. Com isso, podemos aproveitar o que de bom lá ocorreu e desprezar o que deu errado. Todavia, acreditamos que não devemos a isso nos limitar: temos, sim, que construir o nosso sistema à luz da nossa realidade e das nossas peculiaridades, pois só assim permitiremos uma maior efetividade ao nosso sistema e a possibilidade de resolvermos os nossos problemas de maneira eficaz, pois cada Estado tem os seus; os alemães construíram o modelo deles para responder aos seus problemas; e nós? Estamos procurando resolver quais problemas? Infelizmente, acredito que até agora apenas o da governabilidade. E, nesse realejo, estamos deixando de ver a nossa Constituição como instrumento de defesa e garantia dos direitos fundamentais de nosso povo, o que é extremamente negativo para a construção do Estado Democrático de Direito pelo qual lutamos e que a nossa Constituição exige de nós.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Sival. São Paulo: Landy, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: o estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 9-45.

SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo da. O estado federal alemão. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Org.). *Pacto federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Data de recebimento: 29/09/2010

Data de aprovação: 09/11/2010

PODER CONSTITUINTE (E) PODER CONSTITUÍDO

CONSTITUENT POWER (AND) POWER CONSTITUTED

Rene Toedter*

RESUMO

Na esfera do constitucionalismo, sobretudo na seara judicial, o direito procura mitigar a tensão entre poder constituinte e poder constituído, almejando uma estabilidade mínima necessária ao funcionamento da própria democracia. Ocorre que essa relação de conflito entre constitucionalismo e democracia não pode ser completamente ignorada. Nesse sentido, oportuno desmistificar a estrutura do modelo constitucional liberal, o qual procura a todo momento ocultar esse tema. A democracia, entendida em toda a sua radicalidade, deve ser mantida na forma de potência, em que pese a consolidação do constitucionalismo, pois, somente assim, se permite uma constante revisão do direito constitucional, de maneira atenta à identidade do sujeito constitucional em questão.

Palavras-chave: Poder constituído; Poder constituinte; Constitucionalismo; Democracia.

ABSTRACT

In the constitutionalism the law seeks to mitigate the tension between constituent power and constituted power, wants a minimum stability necessary for the functioning of democracy itself. Perhaps the relationship of conflict between constitutionalism and democracy can not be completely ignored. We should demystify the structure of the liberal constitutional model, which seeks to hide every time this subject. Democracy should be understood in all of its radicalism, should be maintained in the form of power, even in the constitutionalism, only in this way should provides a constant review of constitutional law, worried with the constitutional identity.

Keywords: Power constituted; Constituent power; Constitutionalism; Democracy.

* Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Correspondência para/Correspondence to: Rua Ivo Leão, n. 711, apto. 202, 80.030-180, Curitiba-PR, Brasil. E-mail: rene_toedter@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

As instituições democráticas contemporâneas encontram-se viciadas de escândalos, da mesma forma que a crença na liberdade econômica e as flagrantes violações aos direitos humanos ensejam a precariedade normativa enfrentada pelo conceito de democracia. Portanto, torna-se oportuno (re)discutir o tema, de modo que (re)avaliar a democracia, seus fundamentos e sentidos, bem como seus delimitadores, implica repisar a discussão sobre a relação existente entre o poder constituinte e o poder constituído.

Nesse sentido, o constitucionalismo encontra-se em pura tensão com a democracia. Esse conflito tende a figurar como permanente e insolúvel, pois eis que um, teoricamente, limita o outro. Ademais, essa relação, além de conflituosa, apresenta-se também de maneira ambígua, eis que as forças revolucionárias, aqui entendidas como representações do poder constituinte, após a consolidação do texto legislativo, procuram estagnar a si próprias no poder constituído. Esse convívio conturbado e impreciso põe em risco o próprio sistema democrático, motivo pelo qual, na esfera do constitucionalismo, sobretudo no âmbito judicial, o direito procura mitigar essa tensão, almejando uma estabilidade mínima necessária ao funcionamento da própria democracia.

230

Toda essa discussão poderá certamente implicar a conclusão quanto à fragilidade do constitucionalismo como meio estanque à democracia. Contudo, realçar os limites do direito constitucional, ou seja, desmascará-lo como fonte inesgotável de respostas aos anseios sociais deve ser encarado de modo positivo, principalmente por possibilitar para a Constituição melhor refletir a respeito da identidade do sujeito constitucional em questão, no que a democracia, ou o poder constituinte, exsurge como melhor meio dessa constante e atenta revisão do constitucionalismo.

O reconhecimento dessas linhas de conflito entre democracia e constitucionalismo é a forma mais produtiva para manter viva a chama do poder constituinte, mesmo consolidado o texto constitucional. Por sua vez, essa manutenção permite uma melhor reflexão da identidade do sujeito constitucional na Constituição em si, atenuando as fragilidades do direito constitucional que, bem ou mal, encontra-se fadado a responder aos anseios sociais que lhe são trazidos.

O PODER CONSTITUINTE

Antonio Negri relaciona poder constituinte com a ideia de democracia. Para o autor, na modernidade, o poder constituinte não é considerado apenas a fonte onipotente e expansiva produtora das normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos, mas também o sujeito dessa produção, quando então tende a se identificar com o próprio conceito de política. “Portanto, qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir

normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas sobretudo ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, regular a política democrática”¹. De sorte que o conceito de poder constituinte identifica-se com a noção de crise, eis que resiste à integração total a um sistema de normas, assim como a democracia também se esquia à constitucionalização.

Pela ótica da ciência jurídica, o poder constituinte é a fonte de produção de normas constitucionais, ou seja, o poder de instaurar um novo ordenamento jurídico e, a partir daí, regular as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade.

No fundo, o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política².

Negri, contudo, critica essa maneira de interpretar o poder constituinte. Para o autor, se o poder constituinte é onipotente, não pode ser temporalmente limitado, tampouco detido e confinado às categorias jurídicas. Da mesma forma, por ser expansivo, não há que se coadunar com essa limitação não apenas temporal, mas também espacial. Assim, sob o ponto de vista objetivo, o autor aduz “uma fortíssima parafernália jurídica” que cobre e desnatura o poder constituinte³. Essa crise quanto à conceituação do poder constituinte, segundo Negri, torna-se ainda mais evidente a partir do prisma do direito subjetivo, no qual as características singulares da originariedade e da inalienabilidade são dissolvidas, além de haver a supressão do nexo que historicamente conecta o poder constituinte ao direito de resistência. “Absorvido pelo conceito de nação, o poder constituinte parece manter, é certo, alguns aspectos de originariedade; mas é sabido que se trata de um sofisma e o conceito de poder constituinte é antes sufocado que desenvolvido no conceito de nação”⁴.

Negri continua sua avaliação crítica, ao afirmar que após ser desnaturado sob os prismas objetivo e subjetivo, quando então o poder constituinte originário opõe-se ao poder constituinte em sentido próprio, ocorre uma secção do paradigma pela ciência jurídica, eis que ambos os conceitos opõem-se ao poder constituído. Nas palavras do autor: “a ideia de poder constituinte é juridicamente pré-formada quando se pretendia que ela formasse o direito, é absorvida pela ideia de representação política quando se almejava que ela legitimasse tal conceito”⁵.

¹ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 7.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 65.

³ NEGRI, 2002, p. 9-10.

⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁵ *Ibid.*, p. 11.

O poder constituinte não emana do poder constituído ou é uma instituição do poder constituído, *ele é ato de escolha, a determinação radical que abre um horizonte, o dispositivo radical de algo que ainda não existe, e cujas condições de existência pressupõem que o ato criador não perca suas características na criação*. Embora a ciência jurídica reconheça no poder constituinte a sua onipotência, expansividade e a sua não limitação, ela acaba sacrificando-o quando tenta de várias e diversas formas domesticá-lo⁶.

Na tentativa de identificar o meio pelo qual o poder constituinte deve de algum modo ser mantido, evitando sua irredutibilidade do fato constituinte, dos seus efeitos e dos valores que exprime, Antonio Negri analisa três soluções propostas pela doutrina, quais sejam: o poder constituinte como transcendente ao sistema do poder constituído, sendo sua dinâmica imposta a partir do exterior; o poder constituinte como imanente, sendo sua presença íntima; e, por fim, o poder constituinte como fonte integrada, coextensiva e sincrônica do sistema constitucional positivo. Após o que conclui que “transcendente, imanente ou coextensiva, a relação que a ciência jurídica (e, através dela, o ordenamento constituído) quer impor ao poder constituinte atua de modo a neutralizá-lo, a mistificá-lo, ou melhor, de esvaziá-lo de sentido”⁷.

Negri ainda contrapõe o poder constituinte ao constitucionalismo, para identificar naquele uma expressão radical da vontade democrática:

232

... o paradigma constitucionalista é sempre o da “constituição mista”, da mediação da desigualdade e na desigualdade, portanto um paradigma não democrático (...) o paradigma do poder constituinte, ao contrário, é aquele de uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz todo equilíbrio preexistente e toda continuidade possível. O poder constituinte está ligado à ideia de democracia, concebida como poder absoluto. Portanto, o conceito de poder constituinte, compreendido como força que irrompe e se faz expansiva, é um conceito ligado à pré-constituição da totalidade democrática⁸.

Portanto, Antonio Negri diferencia poder constituinte e poder constituído pelo prisma do tempo; enquanto esse se trata de uma doutrina jurídica atrelada apenas ao tempo transcorrido, aquele, ao contrário, refere-se sempre ao tempo forte e futuro, pelo que o autor conclui que não é o enfoque constitucionalista o meio hábil a resolver o problema da crise do conceito de poder constituinte⁹.

⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia radial. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 370.

⁷ NEGRI, 2002, p. 11-19.

⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁹ *Ibid.*, p. 21-22.

Ademais, o Estado de Direito, como representação do poder acomodado, opõe poder constituinte à soberania. Nesse diapasão, “não há política democrática onde quer que o poder (soberano, constituinte) não seja ausência, vazio, suspensão do direito e que, por isso mesmo, seja possível: a lei mantém-se na sua própria privação, aplica-se, desaplicando-se”¹⁰.

Ante as dificuldades de se aferir um melhor conceito ao poder constituinte, o autor sugere que se aceite tal dilema, tentando assim melhor compreender a natureza do conceito. “Ora, aceitar a crise do conceito significa desde logo negar que o conceito de poder constituinte possa de algum modo ser fundado e, com isto, privado da sua natureza de fundamento”¹¹. Dessa forma, Negri aduz que o poder constituinte se define surgindo do vazio como uma necessidade totalmente aberta, motivo pelo qual a potência constitutiva não se esgota no poder, ou seja, poder constituinte como força que se projeta para além da ausência de finalidade¹²:

É assim que a potência se forma como poder constituinte, não para ser institucionalizada, mas para construir mais ser – ser ético, ser social, comunidade. Eis-nos aqui a descobrir novamente o nexos estreitíssimo e profundo existente entre poder constituinte e democracia. O desejo de comunidade é o espectro e a alma do poder constituinte – desejo de uma comunidade tão real quanto ausente, trama e motor de um movimento cuja determinação essencial é a exigência de ser, repetida, premente, surgida de uma ausência. “O que é potente pode ser e não ser”¹³.

233

Antonio Negri trabalha o poder constituinte como algo inesgotável, entendendo que esse vive em busca do seu próprio devir na crise contínua que decorre do confronto entre o trabalho da sociedade com o trabalho morto acumulado pelo poder.

A potência é ao mesmo tempo irremediável e aleatória (...) o poder constituinte transfere a sua potência da possibilidade para a concretização da vontade (...) O projeto já não consiste em fazer com que o político corresponda ao social, mas em inserir a produção do político na criação do social. A democracia é o projeto da multidão enquanto força criadora, enquanto deus vivo...¹⁴.

O autor, ora em companhia de Michael Hardt, ainda defende que a democracia se apresenta como poder constituinte, poder este expresso pela multidão

¹⁰ CHUEIRI, op. cit., p. 372.

¹¹ NEGRI, 2002, p. 24.

¹² Ibid., p. 26.

¹³ Ibid., p. 38.

¹⁴ Ibid., p. 423-425.

dos sujeitos singulares que exclui qualquer transferência de poder. O poder constituinte, nesse sentido, exclui o fato de qualquer fonte externa ao que é conscientemente definido pela multidão, ou seja, trata-se de uma democracia sem fundamento, sem limite e sem teleologia.

O poder constituinte exclui o fato de qualquer fonte externa ao que é conscientemente definido pela multidão na experiência possa ser imposto à liberdade da ação humana histórica e construtiva. É uma democracia, portanto, sem fundamento, sem limite real ou lógico, sem teleologia (...) O poder constituinte é comunicação democrática dentro da qual as instituições da reprodução social se formam e reformam continuamente (...) O poder constituinte é a única forma na qual a democracia pode ser compreendida, se não quisermos negá-la na sua própria definição¹⁵.

Giorgio Agamben destaca como Negri pensa o poder constituinte em toda sua radicalidade, quando então deixa de ser um conceito político em sentido estrito e se apresenta necessariamente como uma categoria da ontologia. Nas palavras do autor,

o problema do poder constituinte se torna então aquele da “constituição da potência” (...), e a dialética irresolvida entre poder constituinte e poder constituído deixa lugar a uma nova articulação da relação entre potência e ato, o que exige nada menos que repensar as categorias ontológicas da modalidade em seu conjunto¹⁶.

234

Quer dizer, o autor pensa a relação entre poder constituinte e soberania a partir das concepções de ato e potência¹⁷. Dessa forma, Agamben alerta que o senso comum acostumou-se a pensar e agir entendendo que a potência sempre acaba quando resulta em um ato. Todavia, ressalta o autor que a passagem ao ato não anula, tampouco esgota a potência, mas a conserva no ato como tal e, principalmente, na sua forma eminente de potência de não (ser ou fazer):

What is potentiality? For Agamben, an adequate grasp of this concept will not be attained if one does not also consider impotentiality, or the potentiality not to, which at first sight seems to be potentiality's negative counterpart but in truth is something altogether different. It is not potentiality's

¹⁵ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *O trabalho de Dionísio*: para a crítica ao Estado pós-moderno. Tradução de Marcello Lino. Juiz de Fora: UFJF – Pauzulin, 2004. p. 199.

¹⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 51.

¹⁷ “Daí, a convicção de Agamben de que a única possibilidade de se pensar o poder constituinte totalmente livre do *bando* soberano, rompendo com o nó que os ata, é pensar, para além da filosofia política e de forma diferente (na esfera da filosofia primeira, no campo da ontologia destas categorias), a relação entre potência e ato”. CHUEIRI, op. cit., p. 372.

negative counterpart because impotentiality is not the absence of potentiality, but that without which the essence of potentiality itself cannot be thought. The potentiality not to is still a potentiality; it indicates the possibility of a positive withdrawal from the act, as in ‘Bartleby, the Scrivener,’ to which Agamben’s dedicates an essay on contingency¹⁸.

Agamben afirma que a “potência perfeita” seria aquela que “se mantém em relação com o ato na forma de sua suspensão, *pode* o ato podendo não realizá-lo, pode *soberanamente* a própria impotência”¹⁹. Nesse sentido, a potência pode ser identificada na soberania: “a potência (no seu dúplice aspecto de potência de e potência de não) é o modo através do qual o ser se funda *soberanamente*, ou seja, sem nada que o preceda e determine (*superiorem non recognoscens*), senão o próprio poder não ser”²⁰. Assim, um ato é definido como soberano quando “se realiza simplesmente retirando a própria potência de não ser, deixando-se ser, doando-se a si”²¹. A passagem da potência à soberania é realizada por meio da estrutura da exceção²².

Agamben desenvolve ainda a sua ideia de potência a partir da análise das cartas de Paulo²³. O autor aduz que *promessa* e *fé* são entendidos por Paulo em oposição à lei. Contudo, o que aparentemente apareceria como uma antinomia é, de fato, uma crítica à lei mundana e uma redefinição da lei para uma ordem maior, a qual decorre da unidade da fé e da promessa: a lei messiânica. “La ley mesiánica es la ley de la fe, y no simplemente la negación de la ley: pero ello no significa que se trate de sustituir las antiguas *miswoth* por nuevos preceptos, se trata más bien de oponer un aspecto no normativo de la ley a otro normativo”²⁴. Ou seja, a questão não é trocar uma lei por outra, mas, sim, opor uma figura não normativa da lei a uma normativa.

Para responder à pergunta sobre o que seria uma figura não normativa da lei, o autor analisa o conceito de *katargeín*, que significa desativar, “como muestra con claridad la oposición etimológica con *energéo*, *katargéo* indica la acción de

¹⁸ GULLI, Bruno. The ontology and politics of exception: reflections on the work of Giorgio Agamben. In: CALARCO, Matthew; DECAROLI, Steven (Ed.). *Giorgio Agamben: sovereignty and life*. California: Stanford University Press, 2007. p. 221.

¹⁹ AGAMBEN, 2002, p. 53.

²⁰ *Ibid.*, p. 54.

²¹ *Id.*

²² GULLI, *op. cit.*, p. 225.

²³ As dez primeiras palavras das cartas de Paulo, quais sejam, “Paulo, servo de Jesus Cristo, chamado para ser um apóstolo, separado para o evangelho de Deus” (no original em latim: *Paulos doulos Christou iesou, kletos apóstolos apherismentos eis euaggelion theou*), são utilizadas para trabalhar a ideia do tempo que resta, do tempo messiânico, como paradigma do tempo histórico (AGAMBEN, Giorgio. *El tiempo que resta*: comentario a la carta a los romanos. Tradução de Antonio Piñero. Madrid: Trotta, 2006. p. 15 e 18).

²⁴ AGAMBEN, 2006, p. 97.

salir del ámbito de la *enérgeia*, del acto²⁵. Desativação, portanto, implica inversão na qual “la potencia pasa a acto y alcanza su fin (*telos*) no en la forma de fuerza o *ergon*, sino en la de debilidad, en la *asthénéia*”²⁶. Essa inversão da relação entre potência e ato também enseja implicações na seara da lei, a qual não é simplesmente abolida ou anulada, mas precisamente desativada: “como la potencia ejerce su efecto en la esfera de la ley y sus obras no simplemente negándolas o aniquilándolas, sino desactivándolas, haciéndolas inoperantes, no-ya-en-obra”²⁷. O que está sob análise do autor é o conceito de impotência, da potência de não:

What is at work here is the concept of impotentiality, the potentiality not to, which is a fundamental figure in Agamben’s work. It indicates the neutrality of the act, or better the neutrality of potency with respect to the act, and thus the contingency of causality: that which has been let out of the act, and certainly also that which has not yet entered the act²⁸.

Agamben afirma que somente é possível levar a lei ao seu cumprimento, quando se a restitui ao estado de inoperabilidade da potência. De sorte que, o que se encontra desativado, livre de *enérgeia*, não está anulado, mas conserva e afirma para o seu próprio cumprimento²⁹.

Como observa Gulli³⁰, Agamben trabalha o plano do poder constituinte contra o do poder constituído a partir das cartas de Paulo, sobretudo na divisão desse a respeito da seara da fé e da *nomos*. Quando o pensamento messiânico aparece como uma luta dentro da lei, na qual os elementos do pacto e do poder constituinte possuem a tendência de se opor e de se emancipar ao elemento da norma estrito senso. As concepções de soberania e de poder constituinte devem ser abandonadas ou ao menos amplamente revistas:

If there is today a social power (*potenza*), it must see its own impotence (*impotenza*) through to the end, it must decline any will to either posit or preserve right, it must break everywhere the nexus between violence and right, between living and language that constitutes sovereignty³¹.

O modelo constitucional liberal, posto nas sociedades atuais, alicerça-se em uma estrutura que não fomenta o antagonismo existente entre democracia e

²⁵ AGAMBEN, 2006, p. 98.

²⁶ Id.

²⁷ Ibid., p. 99.

²⁸ GULLI, op. cit., p. 232-233.

²⁹ AGAMBEN, 2006, p. 98.

³⁰ GULLI, op. cit., p. 234.

³¹ AGAMBEN, Giorgio. *Means without end: notes on politics*. Translated by Vincenzo Binetti and Cesare Casarino. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000. p. 113.

poder, o que lhe cega com relação à categoria do político, sacrificando a democracia na radicalidade que se defendeu até aqui³². Assim, colocada a digressão ora realizada sobre o poder constituinte, oportuno verificar a seguir o modo de esse dialogar com o poder constituído.

DIÁLOGOS COM O PODER CONSTITUÍDO

Pretendeu-se até aqui desmistificar a estrutura do modelo constitucional liberal que oculta a tensão entre democracia e constitucionalismo. Há de se destacar que esse debate entre poder constituinte e poder constituído, por ser insolúvel, tende a permanecer, apesar de eventual estabilização de um sistema de normas. Nesse sentido, o constitucionalismo apresenta-se como a teoria da limitação do poder democrático do povo, plasmado na figura do poder constituinte. Esse, por sua vez, conserva-se no seio do constitucionalismo, mesmo que seja na condição de potência. Na esfera do constitucionalismo, sobretudo no âmbito judicial, o direito mitiga a tensão entre poder constituinte e poder constituído no intento de oportunizar uma estabilidade mínima necessária para o próprio funcionamento do sistema democrático.

A preocupação de reler o constitucionalismo, a partir do prisma do poder constituinte, inicia-se pela questão de definição da identidade do sujeito constitucional. Nesse sentido, Michel Rosenfeld aduz que o ponto principal diz respeito a como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das demais identidades contra as quais ela precisa forjar a sua própria imagem, enquanto, concomitantemente, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico³³:

Em última instância, a identidade constitucional é problemática porque além de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficientemente determinado ou determinável. Ainda que os constituintes tivessem podido escrupulosamente evitar se referir a essas outras identidades deixadas de fora indubitavelmente se esgueirariam de volta ao *corpus* constitucional, como um subproduto da interpretação e da elaboração das normas constitucionais³⁴.

A identidade constitucional, portanto, surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto, em especial se confrontada a partir de uma *living*

³² CHUEIRI, op. cit., p. 372.

³³ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 23.

³⁴ ROSENFELD, 2003, p. 22.

constitution, quando então essa identidade torna-se o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e revisão³⁵. Aqui se demonstram os contornos do poder constituinte como potência em relação ao constitucionalismo, eis que o conteúdo desse se encontra predestinado à incompletude, sempre em busca de uma maior determinação.

Essa carência permanente da identidade constitucional, a qual jamais poderá ser totalmente representativa de todos que se encontram sob sua guarda, torna-se a “alternativa que deve fornecer o ponto de partida contrafactual para a avaliação crítica”³⁶. Contudo – ao contrário dos autores explorados na primeira parte desse trabalho, Antonio Negri e Giorgio Agamben, que desconfiam do constitucionalismo – Michel Rosenfeld sustenta que a busca da identidade do sujeito constitucional é feita mediante a avaliação das alternativas com base no potencial de integração do *outro interno* pelo *eu* dentro dos limites do constitucionalismo e sempre respeitando a sua integridade³⁷.

Caberia ao judiciário minimizar essa carência de representatividade da identidade constitucional em relação às demais identidades presentes no seio social. Michel Rosenfeld observa que Carlos Nino, ao trabalhar a dificuldade contramajoritária do controle judicial, aponta uma justificativa filosófica a partir da tensão dialética entre constitucionalismo e democracia, ou seja, entre poder constituinte e poder constituído.

238

The relationship between constitutionalism and democracy is problematic if not downright contradictory. Sometimes, constitutionalism and democracy are conceived as being antagonistic, while at other times, as being essentially mutually dependent and mutually reinforcing³⁸.

Michel Rosenfeld aduz que a análise proposta por Nino revela que a correlação entre controle de constitucionalidade e a tensão entre democracia e constitucionalismo não é tão aparente. Por conta dessa dificuldade, o autor defende que a decisão final sobre a Constituição não pode ser restringida única e exclusivamente ao Judiciário – pelo controle de constitucionalidade –, mas deve decorrer também de normas extralegais, as quais decorrem do processo de deliberação democrática.

Accordingly, we seem to have come full circle, with the ultimate meaning of the constitution depending somehow on democracy, thus apparently

³⁵ ROSENFELD, 2003.

³⁶ *Ibid.*, p. 114.

³⁷ *Ibid.*, p. 114-115.

³⁸ ROSENFELD, Michel. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy*. Durham and London: Duke University Press, 1994. p. 26-27.

negating the legitimacy of judicial review. Nonetheless, by a further twist of the dialectic, it turns out that deliberative democracy itself depends for its survival on the operation of certain nondemocratic constraints designed to bolster the integrity of the democratic process and individual autonomy. Judicial review happens to be appropriate vehicle for the implementation of the constraints designed to save democracy from its tendency towards self-destruction³⁹.

Quer dizer, a própria democracia deliberativa necessita de limitações contramajoritárias para fins de assegurar a integridade do processo democrático e a autonomia individual. Assim, para Nino, o controle de constitucionalidade – leia-se a atuação judiciária – deve ser tratado como uma exceção à deliberação democrática. Ademais, a sua justificação seria a tentativa de equilibrar os três prismas do constitucionalismo, que, segundo Nino, são a deliberação democrática, o respeito aos direitos individuais e a adesão ao Estado de Direito. Quando nenhum desses focos for identificado no controle de constitucionalidade, conclui-se então que esse não desempenha um papel fundamental na formação da identidade constitucional⁴⁰.

Para Carlos Nino, o constitucionalismo parece requerer claramente o reconhecimento da importância mútua de suas dimensões democrática e liberal, essa última fundada nos direitos dos indivíduos. Devido à variedade de combinações institucionais que podem ocorrer entre esses valores, é importante, para o autor, um marco normativo para poder entendê-los. Nesse sentido, Nino defende a democracia como um instrumento para alcançar essa estabilidade normativa⁴¹.

Assim, para o autor dois elementos alicerçam o constitucionalismo, *direitos e democracia*, e essa combinação enseja seus próprios problemas. Em primeiro lugar, não é fácil identificar concepções normativas congruentes com esses dois ideais. A democracia significa a regra da maioria, quando então os direitos individuais supõem uma aceitação unânime ou decisões tomadas por funcionários não eleitos democraticamente, tais como os juizes ou outras instituições minoritárias. Em segundo lugar, a tarefa de combinar os dois ideais, democracia e direito, não é em si suficiente para explicar a noção de constitucionalismo. O constitucionalismo deve também incluir o ideal de respeitar a constituição histórica e o sistema jurídico que dela deriva⁴².

³⁹ ROSENFELD, 1994, p. 27.

⁴⁰ Ibid., p. 27-28.

⁴¹ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Espanha: Gedisa Editorial, 1996. p. 21-22.

⁴² NINO, op. cit., p. 25.

Nesse sentido, Nino busca identificar duas dialéticas da democracia que derivam do meio em que ela se encontra implantada dentro de uma Constituição complexa. Uma delas, localizada entre o aspecto ideal da Constituição, que reflete a dimensão constitucional da democracia e a dimensão dos direitos, e a Constituição real, que reflete a dimensão histórica do constitucionalismo. O autor defende a posição de que ambos os componentes de uma Constituição, o ideal e o real, formam a fonte de argumentos válidos, e mostra de que maneira esses se combinam. O autor ainda examina a dialética entre a constituição dos direitos e a constituição da democracia, na busca de identificar uma forma em que os direitos e a democracia combinem-se de modo coerente⁴³.

Para Carlos Santiago Nino, “o teorema fundamental da teoria jurídica” consiste no ato de que as ações e decisões não podem ser justificadas sobre a base de normas positivas, mas apenas a partir de razões autônomas, que são, ao final, princípios morais. Presumivelmente esses princípios morais estabelecem um grupo de direitos fundamentais. As convenções ou as práticas constitucionais não são premissas do raciocínio justificatório, mas objeto de justificação no primeiro estágio desse raciocínio. Essas práticas servem como base para a justificação de ações e decisões concretas em um segundo estágio⁴⁴. O autor ainda valora as bases e implicações dos princípios que estabelecem direitos no raciocínio prático, pois entende que somente quando respondida essa inquietude será possível determinar o contrapeso que o reconhecimento de direitos exerce sobre o alcance legítimo do processo democrático. Esse alcance pode ser maior ou mais restrito, de acordo com os fundamentos e implicações do reconhecimento de direitos morais⁴⁵.

O autor propõe a si o desafio prático de conceber epistemologicamente a democracia, na medida em que, a partir das características das sociedades hodiernas, não existe um desenho institucional possível que satisfaça as condições subjacentes desses valores epistemológicos da democracia⁴⁶. Nesse sentido, a representação política surge como um “mal necessário”, eis que, na comunidade política atual, a democracia direta via de regra nem sempre é factível. A partir dessa concepção deliberativa, a existência de um reduzido grupo de indivíduos que decidem pelos demais enseja um hiato no processo deliberativo, que certamente influencia de maneira negativa a confiabilidade do processo:

⁴³ NINO, op. cit., p. 26-27.

⁴⁴ Ibid., p. 70.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Ibid., p. 204.

Si la democracia es un sucedáneo de la discusión moral, la representación consistiría en una delegación producida a fin de hacer posible la continuación de la discusión que los ciudadanos han comenzado. Esta discusión debería partir del consenso alcanzado en el proceso electoral para poder alcanzar conclusiones más detalladas con respecto al proceso de implementación. Pero es necesario enfatizar que la representación es un mal necesario, y que la democracia directa debe ser obligatoria siempre que sea posible. Esta última incrementa la calidad epistémica de la democracia y colabora en lograr que la constitución histórica se aproxime a la ideal⁴⁷.

Em que pese o autor concordar com as peculiaridades da democracia direta, ele tem como certa a dificuldade de implantação desse sistema nos modelos de sociedades atuais. Inclusive entende que eventual descentralização no processo decisório e de discussão política não é suficiente para o funcionamento da democracia direta, pois não chega a permitir discussões “cara a cara”. Nesse sentido, o autor sustenta a necessidade de implementá-la tanto em unidades muito pequenas como também nas de grande magnitude⁴⁸.

O que se mostra imprescindível, ao se conciliar todos os autores debatidos até aqui, é reconhecer que a democracia excede aos limites tradicionalmente atribuídos pelo constitucionalismo. E que é essa potência revolucionária inscrita nos ditames legais que permite a revisão constante do direito constitucional, ao passo de torná-lo da melhor maneira possível coerente e atento às demandas sociais, possibilitando, assim, que o direito não se cale diante da tensão ora demonstrada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade das sociedades modernas não permite que se concretizem todas as condições subjacentes dos valores epistemológicos da democracia. Ocorre que o poder democrático do povo, ou seja, o poder constituinte, deve se manter na forma de potência dentro do constitucionalismo. Somente assim as fraquezas do direito constitucional poderão ser evidenciadas. Com esses vícios expostos, e com a chama do constituinte mantida no seio do constitucionalismo, possibilita-se um texto constitucional mais atento às peculiaridades do sujeito constitucional em questão.

O constitucionalismo deve se alicerçar sobre a combinação de direitos e democracia, uma vez que, inevitavelmente, se encontra obrigado a decidir e a

⁴⁷ NINO, op. cit., p. 205.

⁴⁸ Ibid., p. 213-214.

responder às demandas que lhe são postas. De certo que há divergências entre esses ideais basilares, pois enquanto a democracia significa a regra da maioria, os direitos individuais supõem uma aceitação unânime ou até decisões contra decisões majoritárias. Nesse sentido, apenas a combinação dessas características não é em si suficiente para explicar o constitucionalismo. Ainda se faz necessário incluir o ideal de respeito à constituição histórica e ao sistema jurídico que dela deriva. Nesse sentido, Nino examina a dialética entre a constituição dos direitos e a constituição da democracia, na busca de identificar uma forma em que esses se combinem de modo coerente.

Mostra-se oportuno aliar as lições de Nino à exegese de Negri, para quem o poder constituinte é onipotente e expansivo, não podendo ser temporalmente limitado, tampouco detido e confinado às categorias jurídicas. E é nessa radicalidade democrática de Negri que se deve buscar a ideia de Nino acerca da democracia como instrumento para alcançar a estabilidade normativa do constitucionalismo. Nesse sentido, em razão dessa tensão entre democracia e constitucionalismo, não se pode permitir, por exemplo, que a decisão final sobre a Constituição seja restrita apenas ao Judiciário. Ao contrário, deve-se recorrer também às normas extraleais decorrentes do processo de deliberação democrática para definição do texto constitucional.

242 Com cuidado, para não se cair na tênue linha de pensamento totalitário, mas se deve ter a democracia para além do Estado de Direito, em que pese corriqueiramente se pensar que algo exterior a esses limites (algo, portanto, “fora da lei”) seja por isso ilegal. Em outras palavras, é nítido que a democracia transborda aos limites impostos pelo constitucionalismo, sendo que apenas a potência constituinte inscrita no seio do constitucionalismo permite a revisão constante e atenta do direito constitucional aos olhos e à busca da identidade do sujeito constitucional. Assim se mostra imprescindível não ignorar essa tensão entre poder constituído e poder constituinte, o que infelizmente muitas vezes é feito pelo direito.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *El tiempo que resta: comentario a la carta a los romanos*. Tradução de Antonio Piñel. Madrid: Trotta, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Means without end: notes on politics*. Translated by Vincenzo Binetti and Cesare Casarino. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia radial. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 347-377.

GULLI, Bruno. The ontology and politics of exception: reflections on the work of Giorgio Agamben. In: CALARCO, Matthew; DECAROLI, Steven (Ed.). *Giorgio Agamben: sovereignty and life*. California: Stanford University Press, 2007. p. 219-242.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *O trabalho de Dionísio: para a crítica ao Estado pós-moderno*. Tradução de Marcello Lino. Juiz de Fora: UFJF – Pauzulin, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Espanha: Gedisa Editorial, 1996.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy*. Durham and London: Duke University Press, 1994. p. 3-35.

Data de recebimento: 08/10/2010

Data de aprovação: 20/12/2010

