



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 8 | N. 3 | SETEMBRO/DEZEMBRO 2021 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 8 | n. 3 | setembro/dezembro 2021 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



Os trabalhos estão licenciados com uma Licença **Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional**. É autorizada a reprodução total ou parcial desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.

Endereço: Praça Santos Andrade, n. 50, 3º andar –
Centro – CEP 80.020-300 – Curitiba-PR - Brasil
Telefone: +55 41 3310-2683
Site: <http://revistas.ufpr.br/rinc/index>
E-mail: revista@ninc.com.br

Supervisão editorial: Eliane Peçanha
Revisão: Equipe do NINC-UFPR
Bibliotecária: Paula Carina de Araújo - CRB 9/1562
Capa: Duilio David Scrok
Projeto gráfico: Duilio David Scrok
Diagramação: Editora Íthala (www.ithala.com.br)

Publicação eletrônica de acesso aberto

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

Revista de Investigações Constitucionais / Universidade Federal do Paraná, Núcleo de Investigações Constitucionais. – v.1, n.1 (jan./abr. 2014)-. – Curitiba : UFPR, 2014-

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>

ISSN: 2359-5639

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Universidade Federal do Paraná. Núcleo de Investigações Constitucionais.

CDU 342
CDD 341.2

Catalogação na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

Cobertura temática (classificação do CNPq):

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Revista classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES – Área de Direito na avaliação realizada em 2017.

Objetivo: A Revista de Investigações Constitucionais, fundada no ano de 2014, consiste em periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade quadrimestral promovido pelo NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (www.ninc.com.br), e tem como objetivo principal a publicação de artigos jurídicos de excelência de autores nacionais e estrangeiros na seara constitucional.

Linha editorial: A linha editorial segue o eixo de concentração das atividades de pesquisa do NINC, com enfoque para o estudo crítico do Direito Constitucional e das instituições jurídico-políticas, especialmente em suas interfaces com as Teorias da Justiça, a democracia, os direitos fundamentais e a intervenção estatal, e seus pontos de contato com ramos jurídicos do Direito Público intimamente ligados com o Direito Constitucional, tais como o Direito Administrativo, o Direito Eleitoral e a Teoria do Estado.

Double blind peer review: A publicação dos artigos submete-se ao procedimento double blind peer review. Os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas "ad hoc" portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição promotora da revista (Universidade Federal do Paraná) e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são, portanto, sempre Professores Doutores vinculados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

EQUIPE EDITORIAL

Editor-Chefe

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

(Universidade Federal do Paraná e Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Editores Associados

Prof. Dr. Richard Albert (*University of Texas at Austin* – Austin, Estados Unidos da América do Norte)

Prof. Dr. Juan Gustavo Corvalán (*Universidad de Buenos Aires* – Buenos Aires, Argentina)

Editor-Adjunto

Prof. Msc. Luzardo Faria (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alberto Bianchi (*Universidad Católica Argentina* – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Allan Brewer-Carias (*Universidad Central de Venezuela* – Caracas, Venezuela)

Prof. Dr. André Ramos Tavares (*Universidade de São Paulo* – São Paulo- SP, Brasil)

Prof. Dr. Carlos Bernal Pulido (*Macquarie Law School* – Sidney, Austrália)

Prof. Dr. Claudio Pereira Souza Neto (*Universidade Federal Fluminense* – Niterói-RJ, Brasil)

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Prof. Dr. Christoph Bezemek (*Karl-Franzens-Universität Graz* – Viena, Áustria)

Profª Drª Cora Chan (*University of Hong Kong* – Hong Kong, Hong Kong)

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (*Universidade Federal de Pernambuco* – Recife-PR, Brasil)

Prof. Dr. Gilberto Bercovici (*Universidade de São Paulo* – São Paulo-SP, Brasil)

Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá (*Universidad de Talca* – Santiago, Chile)

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul* – Porto Alegre-RS, Brasil)

Profª Drª Jaclyn Neo (*National University of Singapore* – Singapura, Singapura)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (*Universidade de Fortaleza* – Fortaleza-CE, Brasil)

Prof. Dr. Josep Ramon Fuentes i Gasó (*Universitat Rovira i Virgili*, Tarragona, Espanha)

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (*Universidade do Estado do Rio de Janeiro* – Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Profª Drª Maria Immordino (*Università degli Studi di Palermo* – Palermo, Itália)

Profª Drª Mônica Clarissa Hennig Leal (*Universidade de Santa Cruz do Sul* – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Prof. Dr. Néstor Pedro Sagüés (*Universidad de Buenos Aires* – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Oran Doyle (*University of Dublin* – Dublin, Irlanda)

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy (*Christian-Albrechts-Universität zu Kiel* – Kiel, Alemanha)

Equipe de Redação e Revisão

Anderson Henry Kwan (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Luzardo Faria (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Rafaella Nataly Facio (*Universidade Federal do Paraná* – Curitiba-PR, Brasil)

Sumário

Contents

Editorial

Editorial

DOI: 10.5380/rinc.v8i3.83473

Daniel Wunder Hachem, Luzardo Faria597

Mind the Gap! Translation of Foreign Law Is Not What You Think

Mind the Gap! Tradução de Direito estrangeiro não é o que você pensa

DOI: 10.5380/rinc.v8i3.83292

Pierre Legrand601

La publicidad de los actos jurisdiccionales electorales: entre la ponderación, la argumentación y la prudencia

Publicity of electoral jurisdictional acts: between weighting, argumentation, and prudence

DOI: 10.5380/rinc.v8i3.75948

Jorge Reyes Negrete, Carlos Manuel Rosales García,

Luis Alberto Hernández Moreno655

Supremacía constitucional, jerarquía normativa y derechos humanos en México: evolución jurisprudencial histórica y narrativas actuales

Constitutional supremacy, normative hierarchy, and human rights in Mexico: historical jurisprudential evolution and current narratives

DOI: 10.5380/rinc.v8i3.76714

Octavio Rodríguez Ferreira.....679

Constitucionalismos en clave trialista

Constitutionalisms in a three-dimensional perspective

DOI: 10.5380/rinc.v8i3.77660

María Isolina Dabove.....707

The Role of the Judicial Branch in Brazilian Rule of Law Erosion

O papel do Poder Judiciário na erosão do Estado de Direito brasileiro

DOI: 10.5380/rinc.v8i3.83336

Eneida Desiree Salgado, Emerson Gabardo731

Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil

Meaningful Engagement: south african contributions to structural litigation in Brazil

DOI: 10.5380/rinc.v8i3.74743

Matheus Casimiro Gomes Serafim, George Marmelstein Lima771

O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites

The unconstitutional state of affairs and the significant commitment as instruments of the dialogical Constitutionalism in Brazil: virtues and limits

DOI: 10.5380/rinc.v8i3.72953

Juliana Maria Borges Mamede, Helio das Chagas Leitão Neto,

Francisco Luciano Lima Rodrigues807

A relevância do direito à seguridade social na manutenção do regime democrático

The relevance of the right to social security in maintenance of the democratic regime

DOI: 10.5380/rinc.v8i3.75263

Denise Bzyl Feitosa, Maria Lírida Calou de Araújo837

Instruções para autores

Instructions for authors

.....857

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: 10.5380/rinc.v8i3.83473

Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons



DANIEL WUNDER HACHEM ^{1,*}

¹ Universidade Federal do Paraná (Brasil)

danielhachem@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0001-8519-8420>

LUZARDO FARIA ^{1,**}

¹ Universidade Federal do Paraná (Brasil)

fariacruzardo@hotmail.com

<http://orcid.org/0000-0001-7330-2649>

É com grande alegria que, ao lançar o número 3 do volume 8 da **Revista de Investigações Constitucionais**, comemoramos duas grandes conquistas da revista, relacionadas ao impacto da revista calculado por indicadores bibliométricos de indexadores e bases de dados internacionais.

A primeira delas é a sua classificação no Quartil Q2 da área de Direito no Scimago Journal Rank 2020, publicado em meados de 2021, situando-se no percentual de 50% das revistas mais citadas da área entre as publicações indexadas na base de dados Scopus. É a única revista jurídica brasileira indexada a atingir esse estrato e a primeira vez que um periódico da área do Direito no Brasil alcança o Quartil Q2, um motivo de grande orgulho para a nossa Equipe Editorial.

Como citar esse editorial/*How to cite this editorial*: HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. Editorial. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 597-600, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.83473.

* Editor-Chefe da Revista de Investigações Constitucionais. E-mail: danielhachem@gmail.com.

** Editor-Adjunto da Revista de Investigações Constitucionais. E-mail: fariacruzardo@hotmail.com.

A segunda é a sua classificação em 3º lugar – e, portanto, no Quartil Q1 – entre as revistas mais citadas na área do Direito no Ranking 2020 da REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, de um total de 52 revistas jurídicas de países como Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Peru, Equador, Espanha, México, Portugal e Uruguai. Dentro da grande área de Ciências Sociais e Humanidades, ficou classificada em 11º lugar entre 995 revistas indexadas na base. E ficou em 6º lugar entre as 214 revistas científicas brasileiras indexadas na base em todas as áreas do conhecimento.

Tais resultados demonstram o crescimento e desenvolvimento da revista na subárea do Direito e na grande área das Ciências Sociais e Humanidades, não apenas no Brasil, mas também na esfera internacional, com grande destaque no âmbito ibero-americano. Certamente é um reflexo do trabalho de qualidade desempenhado pela nossa Equipe Editorial, pelos nossos autores e pelos nossos avaliadores, a quem, mais uma vez, agradecemos por todo o empenho dedicado à revista.

Nesta edição, publicamos artigos em 3 idiomas (inglês, espanhol e português), de autores vinculados a 10 instituições de ensino superior de 6 países diferentes: Argentina, Chile, França, México, Estados Unidos e de 3 diferentes unidades federativas da República Federativa do Brasil, com representação das regiões Sul, Sudeste e Nordeste: Paraná, Rio de Janeiro e Ceará. Dos trabalhos publicados, 100% são de Professores Doutores, 44% redigidos em língua estrangeira, 44% dos artigos possuem entre seus autores pesquisadores afiliados a instituições estrangeiras e 87% dos artigos são de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- Mind the Gap! Translation of Foreign Law Is Not What You Think

Pierre Legrand

Professor of Law, École de Droit de la Sorbonne (Paris, France)

- La publicidad de los actos jurisdiccionales electorales: entre la ponderación, la argumentación y la prudencia

Jorge Reyes Negrete

Maestro en Derecho Constitucional y Amparo en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (Puebla, México)

Carlos Manuel Rosales García

Doctorado y Magister en Derecho por la Universidad de Chile (Santiago, Chile)

Luis Alberto Hernández Moreno

Maestro en Derecho procesal constitucional por la Universidad Panamericana (Ciudad de México, México)

- Supremacia constitucional, jerarquía normativa y derechos humanos en México: evolución jurisprudencial histórica y narrativas actuales

Octavio Rodríguez Ferreira

Profesor e investigador en el Departamento de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, y Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de la University of San Diego (San Diego, Estados Unidos de América)

- Constitucionalismos en clave trialista

María Isolina Dabove

Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

- The Role of the Judicial Branch in Brazilian Rule of Law Erosion

Neida Desiree Salgado

Associate Professor of Constitutional Law at the Federal University of Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

Emerson Gabardo

Full Professor of Administrative Law at the Pontifical Catholic University of Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

- Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil

Matheus Casimiro Gomes Serafim

Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

George Marmelstein Lima

Professor da Graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (Fortaleza-CE, Brasil)

- O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites

Juliana Maria Borges Mamede

Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil)

Helio das Chagas Leitão Neto

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil)

Francisco Luciano Lima Rodrigues

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil)

- A relevância do direito à seguridade social na manutenção do regime democrático

Denise Bzyl Feitosa

Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Público e Teoria Política da Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil)

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

Professora titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional - Mestrado e Doutorado - e professora do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil)

Esperamos que no próximo ano a revista obtenha resultados ainda mais expressivos e se torne ainda mais atrativa para propostas de artigos de excelência, tal como vem ocorrendo nos últimos anos.



Mind the Gap! Translation of Foreign Law Is Not What You Think

Mind the Gap! *Tradução de Direito estrangeiro não é o que você pensa*

PIERRE LEGRAND ^{1,*}

¹ École de Droit de la Sorbonne (Paris, France)

pierre_legrand@orange.fr

<https://orcid.org/0000-0003-3945-183X>

Recebido/Received: 05.06.2021 / 5 June 2021

Aprovado/Approved: 02.10.2021 / 2 October 2021

Abstract

While much legal research involves foreign law and much of foreign law exists in a foreign language, the issue of translation has attracted limited theoretical attention only. In particular, few lawyers are aware of the work issuing from fields like literary criticism, philosophy, or translation studies. Urging acknowledgment and redress of such a serious epistemic deficit, basing itself on a critical approach to foreignness, this article offers a constructive guide to the making of just translations. A noteworthy feature of the argument concerns the formulation of conclusions that can fairly be expected to run counter-intuitively to a lawyer's unexamined assumptions. Indeed, much of what is received as conventional wisdom about the translation of foreign law is either ill-considered or plain wrong.

Keywords: comparative law; foreign law; critical theory; translation; interpretation.

Resumo

Embora muitas pesquisas jurídicas envolvam Direito estrangeiro e grande parte do Direito estrangeiro exista em um idioma estrangeiro, a questão da tradução atraiu apenas uma atenção teórica limitada. Em particular, poucos juristas estão cientes do trabalho proveniente de áreas como crítica literária, filosofia ou estudos de tradução. Instando o reconhecimento e a correção de um déficit epistêmico tão sério, baseando-se em uma abordagem crítica da estrangeirice, este artigo oferece um guia construtivo para a realização de traduções justas. Uma característica digna de nota da argumentação refere-se à formulação de conclusões das quais se pode razoavelmente esperar que se manifestem de forma contra-intuitiva às suposições não examinadas de um jurista. Na verdade, muito do que é recebido como sabedoria convencional sobre a tradução de Direito estrangeiro ou é irrefletido ou totalmente errado.

Palavras-chave: Direito Comparado; Direito estrangeiro; teoria crítica; tradução; interpretação.

Como citar esse artigo/How to cite this article: LEGRAND, Pierre. Mind the Gap! Translation of Foreign Law Is Not What You Think. *Revista de Investigações Constitucionais/Journal of Constitutional Research*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 601-654, set.-dez./Sept.-Dec. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.83292.

* Professor of Law, École de Droit de la Sorbonne (Paris, France). Visiting Professor, Northwestern Pritzker School of Law (Chicago). Visiting Professor, Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba). I research and teach comparative law. Throughout this essay, I work from primary texts, and unless I indicate otherwise emphases belong to the authors I quote. Translations are mine.

"Said is missaid".

–Beckett¹

"Peter [...] is not a *translation* of Pierre".

–Derrida²

The central place of language in life seems undeniable. We use language to command, to claim, to philosophize, to plead, and to praise. We use it in poetry, obituaries, and actuarial reports. We use it directly or obliquely ("How are you" need not be a question about health). We use it to confess, to testify. We use it constatively and performatively ("I name this horse 'Biscaïa', and I name this other horse 'Grégaou'"). We tell jokes and attempt to convince. We talk to our spouses. We talk to ourselves. We commit to our friends. We lie to our colleagues. And think how we read so many kinds of texts and hear orations of such various sorts, all composed of words. But language's significance holds even more primordially. In fact, it is no exaggeration to say that "[o]nly where [there is] language, there is world";³ or, if you will, that "[n]o thing is where the word lacks".⁴ In other terms, language is the condition of possibility of all experience of world. Only what one *calls* a mountain can exist as a mountain ("Oh! Look at the mountain over there..."). And then, one can only *see* the mountain in words. In one's head, one says: "It is huge"; "It is beautiful"; "It is white"; "There is snow". Without words, one is unable to *see* the mountain. Language therefore *constitutes* what one experiences in one's world. Consider a hot bath. What is a *hot* bath? It is what one *calls* a hot bath, what one so designates. It is not that the hot bath exists as such in advance of ascription of meaning on one's part. Rather, one's words constitute the bath as *hot* ("Oh! It is hot..."). Indeed, "[i]t is the world of words that creates the world of things".⁵ So Samuel Beckett, percipiently: "What can you say, words it is, nothing else going".⁶

¹ BECKETT, S. **Worstward Ho**. In: **Company/III Seen III Said/Worstward Ho/Stirrings Still**. D. Van Hulle (ed.). London: Faber & Faber, 2009 [1983]. p. 97.

² DERRIDA, J. **Psyché**. vol. 1. 2nd edn. Paris: Galilée, 1998. p. 209 ["Peter (...) n'est pas une *traduction* de Pierre"].

³ HEIDEGGER, M. **Erläuterungen zu Hölderlins Dichtung**. F.-W. von Herrmann (ed.). Frankfurt: Klostermann, 2012 [1971]. p. 38 ["Nur wo Sprache, da ist Welt"].

⁴ HEIDEGGER, M. **Unterwegs zur Sprache**. Pfullingen: Neske, 1959. p. 163 ["Kein Ding ist, wo das Wort gebricht"].

⁵ LACAN, J. Fonction et champ de la parole et du langage en psychanalyse. In: **Écrits**. Paris: Editions du Seuil, 1966 [1953]. p. 276 ["C'est le monde des mots qui crée le monde des choses"].

⁶ The quotation is an answer Beckett gave Niklaus Gessner, his interviewer. For the transcript, revealing that Beckett spoke in French, see GESSNER, N. **Die Unzulänglichkeit der Sprache**. Zürich: Juris, 1957. p. 75 ["Que voulez-vous, Monsieur, c'est les mots, on n'a rien d'autre"].

Now, each language constitutes its world differently from the way in which each other language constitutes its own world so that there are at least as many worlds as there are languages. To reprise José Ortega y Gasset's famous example, the semantic extension of the Spanish language's "bosque" differs from that of the German language's "Wald";⁷ and while English features words like "wood", "timber", and "woods" (as in "a walk in the woods"), French has "bois" only.⁸ To press the differential point further, contemplate three Spanish sentences: "Quiero a mi mujer", "Me gusta vino", and "Yo amo el fado". The Spanish verbs "querer", "gustar", and "amar" all translate into French as "aimer" ("J'aime ma femme", "J'aime le vin", and "J'aime le fado"). In sum, "language manifests itself in reality only as a multiplicity";⁹ and "in every language there lies a characteristic world-view",¹⁰ which is why a situation being described with a verb in the future perfect in French can well feature a modal verb expressing necessity in English – thus "Il aura oublié son rendez-vous" becomes "He must have forgotten his appointment". And the French "rendez-vous" is masculine, a gender assignment that makes no sense in English.¹¹ (Surely, the fact that the French for "masculinity" is feminine – it is "la masculinité" – does not make much sense either.) Meanwhile, the German language, which also ascribes gender identities, has "moon" in the masculine ("der Mond") and "sun" in the feminine ("die Sonne"), French claiming precisely the opposite ("la lune" and "le soleil"). Also, German allows for neutral terms in addition to masculine and feminine ones, an option unknown to French. "Pig", for example, is neutral in German ("das Schwein"), although it is masculine in French ("le cochon").

Still along differentiating lines, envisage how "La Belle au bois dormant" and "Sleeping Beauty" have long reflexively been deemed interchangeable expressions. Yet, where is the forestal allusion in English? And "Little Red Riding Hood" is evidently "Le Petit chaperon rouge", Charles Perrault's 1697 story. But why the evocation of movement and travel on horseback in English (the reference is to the cloak that would be worn by riding women as an enveloping garment)? For its part, like the French version, Jacob

⁷ ORTEGA Y GASSET, J. *Miseria y esplendor de la traducción*. In: **Obras completas**. vol. 5. 2nd edn. Madrid: Alianza Editorial, 1994 [1946]. p. 436.

⁸ For this illustration, see ECO, U. **Dire quasi la stessa cosa**. Milano: Bompiani 2003. p. 40.

⁹ HUMBOLDT, W. von. **Über die Verschiedenheiten des menschlichen Sprachbaues**. In: **Gesammelte Schriften**. vol. 6/1, A. Leitzmann (ed.). Berlin: Behr, 1907 [1829]. p. 240 ["(d)ie Sprache erscheint in der Wirklichkeit nur als ein Vielfaches"]. This text is Humboldt's so-called "Kawi-Werk", a monumental study of the Kavi language on the island of Java, which remained incomplete at the time of the author's death in 1835.

¹⁰ HUMBOLDT, W. von. **Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluß auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts**. In: **Gesammelte Schriften**. vol. 7/1, A. Leitzmann (ed.). Berlin: Behr, 1907 [1836†]. p. 60 ["in jeder Sprache (liegt) eine eigenthümliche Weltansicht"]. This publication, which came to stand as Humboldt's most famous writing, appeared shortly after the author's death. It is an edited and substantially abbreviated version of Humboldt (note 9).

¹¹ Cf. SEDARIS, D. **Me Talk Pretty One Day**. Boston: Little, Brown, 2000. p. 188: "Of all the stumbling blocks inherent in learning [French], the greatest for me is the principle that each noun has a corresponding sex that affects both its articles and its adjectives".

and Wilhelm Grimm's German 1812 fairy tale, "Rotkaeppchen", does not connote riding gear. Observe also that the differential issue I address is not confined strictly to the linguistic aspect and extends to culture more broadly understood – thus Umberto Eco: "[T]he expressions 'donnez-moi un café', 'give me a coffee', and 'mi dia un caffè' [...] are not culturally equivalent. Uttered in different countries, they produce different effects and they are used to refer to different habits. They produce different stories. Consider these two sentences, one from an Italian novel, the other from an American one: 'Ordinai un caffè, lo buttai giù in un secondo ed uscii dal bar' (literally, 'I ordered a coffee, swilled it down in a second and went out of the bar'); and 'He spent half an hour with the cup in his hands, sipping his coffee and thinking of Mary'. The first sentence can only refer to an Italian coffee and to an Italian bar, since an American coffee cannot be swallowed in a second both because of its quantity and of its temperature. The second sentence cannot refer to an Italian subject (at least to an average one drinking an average espresso) because it presupposes a large cup containing what seems like gallons of coffee".¹² As these diverse instances reveal in short order, language matters crucially to world-making and so does the idiomaticity of each language, whether from a strictly linguistic or wider cultural standpoint.¹³

Bringing these insights to bear on law, it seems safe to affirm at the outset, if in advance of empirical study, that the presence of foreign law, howsoever foreignness be defined, is more frequent and assertive within legal research and writing – whether legislative, judicial, or academic (broadly understood) – than the situation that would have prevailed fifty or even twenty-five years ago. Persistent manifestations of nationalist retrenchment notwithstanding, references to foreign materials are arguably set to expand further if only because technology makes foreign legal information ever-more readily available, either in the source-language or in translation. A handful of exceptions aside,¹⁴ legal scholars in particular have nonetheless failed to appreciate that, whether the translation work is their own or someone else's on whose effort they are relying, any

¹² ECO, U. **Experiences of Translation**. A. McEwen (transl.). Toronto: University of Toronto Press, 2001. p. 17-18. Eco subsequently rewrote this text in his native Italian, incorporating a number of emendations. See Eco (note 8), p. 168.

¹³ For a bold reflection on how different languages construct different experiences of sexuality, see STEINER, G. **My Unwritten Books**. New York: New Directions, 2014. p. 68-90.

¹⁴ See eg ŠARČEVIĆ, S. **New Approach to Legal Translation**. Amsterdam: Kluwer, 1997; OLSEN, F.; LORZ, A.; STEIN, D. (eds.). **Translation Issues in Language and Law**. London: Palgrave Macmillan, 2009; GLANERT, S. **De la traductibilité du droit**. Paris: Dalloz, 2011; GLANERT, S. (ed.). **Comparative Law – Engaging Translation**. London: Routledge, 2014; SORIANO-BARABINO, G. **Comparative Law for Legal Translators**. Bern: Lang, 2016; BIEL, L. et al (eds.). **Research Methods in Legal Translation and Interpreting**. London: Routledge, 2019. See also eg LEGRAND, P. Issues in the Translatability of Law. In: BERMANN, S.; WOOD, M. (eds.). **Nation, Language, and the Ethics of Translation**. Princeton: Princeton University Press, 2005. p. 30-50. For a collaborative effort, see GLANERT, S.; LEGRAND, P. Foreign Law in Translation: If Truth Be Told.... In: FREEMAN, M.; SMITH, F. (eds.). **Law and Language**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 513-32. For an investigation of the legal translation "industry", see SCOTT, J. R. **Legal Translation Outsourced**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

exercise in linguistic transposition must carry difficult and consequential theoretical choices that entail compelling practical implications inasmuch as the translative decisions being made frame and fixate the texts that readers will get to know across languages.

For someone who does not have German and can access Kafka in English only, it is the translator of *Der Prozeß* into English who will have determined the text that one gets to read in English. Assuming the translator has opted to convey the German title as *The Trial*, for example, this particular designation will become the only text that anglophone readers are to know. For them, Kafka is therefore the author of a novel entitled *The Trial*, a substantive that squarely focusses on judicial proceedings. However, if the English translator had translated the German title as *The Process*, anglophone readers would not be thinking of judicial proceedings, but rather of a series of mechanical operations, perhaps administrative or bureaucratic in character. One may, of course, imagine a trial as part of such mechanics, but the term “process” need not evoke a trial at all. Briefly to pursue the law-and-literature theme, the English translation of Albert Camus’s *L’Etranger* as *The Stranger* or *The Foreigner* heralds two different texts, the first insisting on lack of familiarity in some form or other, the second showcasing an individual coming from another country. The first emphasis is broader, and only the second translation can possibly evoke a legal dimension. Depending on the translator’s decision, anglophone readers without access to the French language will therefore be presented with either one of two ascertainably different texts under Camus’s name. In either case, “it would be utopian to pretend that the reader of a translation is truly experiencing the original”.¹⁵

Given that language matters so significantly, that idiomaticity is so important also, that the impact of translation is so serious as to entail different translations making for the articulation of different texts and channelling the reader’s apprehension of the author’s work in different directions, that a particular translation prompts the reader to think of the work as addressing this topic rather than that, it must follow that the translator’s choices require to be informed by theoretical insights whose sophistication must be on a par with their momentousness. Yet, there is little evidence, certainly as regards legal research and writing, that much rigour is being applied to translative interventions – an observation that coheres with my earlier remark to the effect that legal scholars do not realize the complexities at stake. Consider comparative law, the field where the treatment of foreign law is elevated to a specific form of professional expertise. Despite devoting a number of pages to the salient theoretical issues arising from the comparison of laws, even as “an investigation of comparative law should

¹⁵ POLIZZOTTI, M. *Sympathy for the Traitor*. Cambridge: MIT Press, 2018. p. 5.

also concern the translation of texts of law”,¹⁶ the leading textbook having guided comparative research since the late 1970s is silent on language matters.¹⁷ So is the comparatist who has long been the most prominent voice of epistemic opposition in the field.¹⁸ For its part, the only textbook that, at this writing, can legitimately aspire to replace the heretofore standard work and institute itself as the new model of intellectual governance within comparative law holds that the question of translation may ultimately be addressed most simplistically indeed: those taking an interest in Japanese law who can read Japanese do, while those who cannot content themselves with available translations – the two approaches seemingly on an epistemic par.¹⁹ For the comparatist expressing such a jejune view, there are apparently no larger theoretical matters arising.

This article contends that legal scholars who encounter foreign law, whether in the foreign language or by way of a published translation, cannot afford to abdicate epistemic responsibility and need to be aware of a range of basic theoretical concerns that require crucial elections to be made in the course of displacement across languages, these determinations effectively prompting the production of different texts, not least from the readership’s standpoint. The fact that “affirmative action” can be translated, in French, by way of the expression “discrimination positive” (as in France) or “action positive” (as in Canada) shows the dangers that befall the ignorance of translation theory altogether (Zweigert and Kötz/Frankenberg) or its depreciation as a non-issue (Kischel). Indeed, texts featuring “discrimination positive” or “action positive” are different texts, each heralding a singular sensibility vis-à-vis the practice of affirmative action. And these different texts are properly perceived by readers as different texts, one expressing a critical view of affirmative action, the other enunciating support. In the end, the impact of the translator’s election on the opinion that the francophone reader forms of affirmative action cannot be in doubt.

Meanwhile, there exists a huge body of learning in fields like literary criticism, philosophy, and translation studies, with which legal scholars remain largely unversant and that can readily assist the translator-at-law in search of an informed resolution to the quandary he must address. Harnessing such information and casting it as legally relevant – as being pertinent to the re-statement of foreign law across languages (and therefore as other than non-law) – this article offers academics dealing in foreignness within a scholarly setting a set of theoretical reflections and practical recommendations with a view to the formulation of translations purporting to be just,

¹⁶ Derrida (note 2), p. 228 [“une enquête de droit comparé devrait aussi concerner la traduction des textes de droit”].

¹⁷ See ZWIEGERT, K.; KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3rd edn. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996. p. 1-61.

¹⁸ See FRANKENBERG, G. *Comparative Law as Critique*. Cheltenham: Elgar, 2016.

¹⁹ See KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*. Munich: Beck, 2015. p. 9.

that is, aiming to do justice to the source-text – which I regard as the abiding ambition that a translation can (and must) pursue. This advice also purports to do justice to the translator's activism, to recognize the translator's input. Now, in accordance with my personal experience of many years' work as a comparatist, I find that my conclusions prove intriguing in a number of respects vis-à-vis the unexamined assumptions that legal scholars readily harbour – namely, that everything is translatable, that an uttered sentence has a definite meaning permanently inhering to it and available to its translator, that a knowing and all-powerful translator enjoys complete and incontrovertible access to the writer's mind, that the writer's intentions are perfectly transferable across languages, that a translation must be evaluated in terms of its fidelity to a source-text, that such correctness or exactitude is at once achievable and assessable so that some translations can rightly be said to be true to the source-text and, chiefly, that the translator's presence must therefore be felt as little as possible, the ideal being something along the lines of invisibility. Discarding such dusty epistemological clutter, superfluous to contemporary discourse on translation, this article seeks to invigorate the ways in which researchers in foreign law theorize and practice translative interventions.²⁰ In the hope of facilitating matters, I proceed by way of twelve rubrics, each being preceded with a short heading that aims to capture the gist of the relevant claim. Before I begin, however, I find it important to enter three sets of general observations.

First, I maintain that I am firmly operating in the realm of interpretation, which means that, strictly speaking, I do not regard any of the assertions that follow to be pertaining to truth, no matter how strongly I happen to be subscribing to them. Indeed, it would be extraordinarily authoritarian and arrogant on my part to contend that I can ascertain and state truth. This is not at all the spirit in which I advocate for the twelve bundles of exhortations that I have assembled. What I propose is rather what I deem to qualify as the best interpretations out of the wide range of available interpretations with which I am acquainted – what I consider to be the interpretations offering optimal theoretical and practical yield, that is, the interpretations making for the most creditable translation work, for translations revealing themselves to be most favourably just vis-à-vis the source-texts that they enunciate anew.²¹ Also, I do not at all profess that

²⁰ It bears emphasizing that this Article addresses situations ascertainably featuring both a primary text and a subsequent translation thereof. For example, the argument is not concerned with instances where, two or more languages having been deemed equally official as a matter of law, the legislative process has the language-versions of the relevant statute being drafted simultaneously through an incessant movement of back-and-forth across languages, neither of which then being properly regardable as a primary text or a translation. Eg: ŠARČEVIĆ, S. The Quest for Legislative Bilingualism and Multilingualism: Co-drafting in Canada and Switzerland. In: GÉMAR, J.-C.; KASIRER, N. (eds.). *Jurilinguistique: entre langues et droits/ Jurilinguistics: Between Law and Language*. Bruxelles: Bruylant, 2005. p. 277-292.

²¹ Cf. HARCOURT, B. E. *Critique and Praxis*. New York: Columbia University Press, 2020. p. 28: "What I am telling is not the truth, but an interpretation".

I am acting objectively. Quite to the contrary, I write on the basis of my socialization and of my institutionalization – of my epistemologization – into the law in general and into comparative law in particular, that is, against the backdrop of my enculturation, on account of the culture – of the cultural complex – into which I have been thrown and that I have incorporated and that I now embody. How, indeed, could I be intervening in any other way than as an encultured translator? There is more, for no translation can possibly be constituted without an array of assertive resolutions orienting the work, every single one an act of power, a foreclosing of certain understandings through a selection of others (it could have been that word, but it will be this one...). Indeed, there is no possibility of a powerless translation. Now, these animating epistemic features must exclude any posture that would prove the least evocative of neutrality (no matter how one is prepared to circumscribe the terminological reach of this term).

Secondly, the enjoinders I develop emphatically do not have to do with method. For greater precision, let me say that I am not propounding anything like a method of translation. Most problematically, I think, method heralds a kind of predictability, a sort of rigidity even – at any rate, a linearity. Indeed, John Law remarks that “[m]ethod [...] is a system for offering more or less bankable guarantees. It hopes to guide us more or less quickly and securely to our destination, a destination that is taken to be knowledge about the processes at work in a single world. It hopes to limit the risks that we entertain along the way”.²² I find such purported enframing to be profoundly incompatible with the interpretive dimension that must inform any translation work and involve, by definition so to speak, uncircumventable contingency. In my view, there is a further difficulty arising, which is that method, in line with its ancestral Cartesian pedigree, would effectively claim to insinuate a certain degree of “scientificity” to the translative endeavour. Indeed, the very point of method is that it should afford a strategy permitting to obviate personal input on the translator’s part.²³ For myself, even as I staunchly argue that any translator has a duty to keep personalization in check, whether on account of unduly ethnocentric proclivities or other excessively hampering idiosyncrasies, I am steadfastly of the view that it is neither possible nor desirable to pretend to be cancelling singular inclinations on account of method. Specifically, not only is any method someone’s method – indeed, method is always designed with a goal in mind, which eschews any idea of impartiality at the outset – but the deployment of method by anyone must feature a personal angle, since one necessarily brings to bear

²² LAW, J. *After Method*. London: Routledge, 2004. p. 9.

²³ In his prominent seventeenth-century *Discours de la méthode*, Descartes objected to the idea that there would ultimately exist nothing more epistemologically trustworthy than one’s enculturation, that the outcome of one’s representations should, in the end, fall prey to the fact that one had been raised with “the French”, “the Germans”, “the Chinese”, or “the Cannibals”: DESCARTES, R. *Discours de la méthode*. In: *Œuvres philosophiques*, vol. 1, F. Alquié (ed.). Paris: Garnier, 1997 [1637], II, p. 583-584 [“des Français”/“des Allemands”/“des Chinois”/“des Cannibales”].

one's own understanding of the method in question.²⁴ Instead of method, I therefore commend a series of *protocols* in order markedly to enhance the ethical and epistemic virtues – the warrant – of scholarly translation in law. It is not at all, then, that anything goes.

Thirdly, while I accept that there exist Englishes – that “privacy” does not mean to a California law teacher what it signifies to an English academic or that the Australian courts’ interpretation of the word “commerce” as regards the Trade and Commerce Power in the Australian constitution differs from the US courts’ interpretation of “commerce” pursuant to the Commerce Clause in the US constitution, which entails that “privacy” is not “privacy” or that “commerce” is not “commerce” – I do not concern myself with situations involving a move from one English to another (or, say, from European to Brazilian Portuguese). Without pronouncing on the debate amongst linguists as to whether one is then dealing with different languages or with dialects of a unique language (a question that might solve itself differently depending on whether one is considering English or Portuguese), I envision instances where the fact that one is operating interlingually is effectively beyond dispute. I have in mind, say, the shift from English to Portuguese or that from German to French.

I now turn to my contentions, which I aim to delineate as neatly as I can although I acknowledge that occasional overlap is inevitable. Indeed – contrary to what the idea of method and its clockworky ways would suggest – the process of translation does not allow itself to be captured in a series of watertight compartments. My sequence runs thus:

- 1 To translate is to differentiate.
- 2 Untranslatability is the translator's guiding motif.
- 3 Translation features a constant tension between two supremacies, that of the translator over the text and that of the text over the translator. In the end, the text carries.
- 4 A translation is unavoidably autobiographical.
- 5 A translation cannot be true (but it can be false).
- 6 Translation is a second original.
- 7 Failure to translate is an opportunity.
- 8 Hearken to the source-text.
- 9 Recognize (and challenge) the injustices pertaining to published translations.
- 10 Translation must not abide by a method.
- 11 Translation must track the source-text as closely as possible even if it should make for disruptive reading in the target-language.
- 12 Recognize that the translator is an inventor.

²⁴ Cf. Law (note 22), p. 143: “[M]ethod is not, and could never be, innocent or purely technical”.

Now, zur Sache selbst!

•

1 To translate is to differentiate.

As you prepare to translate, do acknowledge – *do accept* – that translation is not an activity that can ever achieve mutual understanding across languages or allow two languages to reach agreement with one another. Simply avoid such delusion. What a translator does instead, and all that he can ever do, is to articulate difference. Indeed, “translation is not at all destined to make difference disappear of which it is on the contrary the play: constantly it alludes to it, it conceals it, but sometimes by revealing it and often by accentuating it, it is the life itself of that difference”.²⁵ Note how such difference is a structural component of every translation and cannot therefore be erased or overcome, no matter how excellent your translative effort. In other terms, notwithstanding his hardest work, the translator, upon considering the two texts at hand – the text being translated (the source-text) and the text in translation (the target-text) – requires to admit that the two forms of words must incessantly differ.²⁶ At the outset, you therefore have to resist thinking of the languages coming into the translation process in terms of “identity”, “ipseity”, “duplication”, “sameness”, “similarity”, “commonality”, “consensus”, “relation”, “alliance”, “consilience”, “reconciliation”, and “continuity” (or, in French, “mêmeté”). Rather, translation demands the mobilization and application of ideas like “distinction”, “otherness”, “dissensus”, “interruption”, “disrelation”, “discontinuity”, “change”, “mutation”, “transformation”, “generativity”, “seriality”, “supplementation”, and “invention”. Let me insist: identity is ever breached, and “[e]quivalence is an interpretive fiction”.²⁷

Since there can be no bridge or passage of any kind across languages,²⁸ because there can be no communication, say, from English to French,²⁹ a translator

²⁵ BLANCHOT, M. *L'Amitié*. Paris: Gallimard, 1971. p. 70-71 [“la traduction n’est nullement destinée à faire disparaître la différence dont elle est au contraire le jeu: constamment elle y fait allusion, elle la dissimule, mais parfois en la révélant et souvent en l’accentuant, elle est la vie même de cette différence”].

²⁶ “Source-text” and “source-language”, “target-text” and “target-language” are received expressions within translation studies. While I find them inadequate – I especially dislike “target” inasmuch as the term intimates that the translator is taking aim at the host-language or perhaps attacking it – I have learned there is little point in fighting the proverbial windmills.

²⁷ ROBINSON, D. *The Translator’s Turn*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1991. p. 259. Interestingly, Willard Quine, a foremost analytical philosopher, refers to “sameness of meaning” as “an ill-conceived notion within traditional semantics”: QUINE, W. V. Indeterminacy of Translation Again. *Journal of Philosophy*, New York, vol. 84, n. 1, p. 5-10, 1987. p. 10.

²⁸ See DERRIDA, J. *La Bête et le souverain*. vol. 2, M. Lisse; M.-L. Mallet; G. Michaud (eds.). Paris: Galilée, 2010 [2002]. p. 31.

²⁹ Consider PIRANDELLO, L. *Uno, nessuno e centomila*. P. Cudini (ed.). Firenze: Giunti, 1994 [1926]. p. 32: “We have used, I and you, the same language, the same words. But are we at fault, I and you, if the words in themselves are empty? Empty, my dear. And you fill them with your meaning, as you speak them to me; and I, welcoming them, inevitably, fill them with my meaning. We believed we understood each other; we did not

must even dismiss such notion as “dialogue”, in effect, a stagnant cloud of obscurity. A key operational word for translation is rather “monologue”.³⁰ Indeed, what takes place as translation materializes is the co-existence of two monologues – and these monologues are involved in a negotiation at the translator’s behest (it is, in effect, the translator who is compelling the languages into interaction).³¹ Now, in accordance with Leibniz’s Law,³² if there is more than one language or monologue in co-presence, there must be difference between them, irreducibly so. Leibniz’s insight is that if there is more than one of anything, of any entity, there can no longer be identity (or *id*-entity) – which means that there has to be difference. (Observe therefore that, contrary to the prevailing if unexamined view, words like “sameness” or “similarity” effectively mean difference: for A to be the same as B or for A to be similar to B, there must be A and B, that is, there must be more than one entity, which means that there must be difference between A and B. Nelson Goodman, the influential US philosopher, thus perspicaciously remarks how “[s]imilarity, ever ready to solve philosophical problems and overcome obstacles, is a pretender, an impostor, a quack”³³)

Crucially, the fact that translation necessarily operates as differentiation is not to be regretted. Rather, translation thereby finds itself able to acknowledge the source-text’s entitlement to recognition and respect. Writing as regards reading, Jacques Derrida exclaims: “*First rule: respect for the other, that is, for his right to difference*”.³⁴ This injunction applies to translation, too.

2 Untranslatability is the translator’s guiding motif.

It is crucial, I contend, that you should readily appreciate how the task of translation is, in effect, an impossibility. Indeed, “translation is another name for the impossible”.³⁵

understand each other at all” [“Abbiamo usato, io e voi la stessa lingua, le stesse parole. Ma che colpa abbiamo, io e voi, se le parole, per sé, sono vuote? Vuote, caro mio. E voi le riempite del senso vostro, nel dimerle; e io nell’accoglierle, inevitabilmente, le riempio del senso mio. Abbiamo creduto d’intenderci; non ci siamo intesi affatto”].

³⁰ Eg: Heidegger (note 4), p. 265: “[L]anguage is monologue”; it speaks “lonesomely” [“(D)ie Sprache ist Monolog”/“einsam”] (emphasis omitted).

³¹ Cf. LEGENDRE, P. **Le Désir politique de Dieu**. Paris: Fayard, 1988. p. 183: “[D]ogmatic systems as such do not dialogue, [...] they can only negotiate” [“(L)es systèmes dogmatiques comme tels ne dialoguent pas, (...) ils ne peuvent que négocier”].

³² See eg LEIBNIZ, G. W. **Nouveaux essais sur l’entendement**. In: **Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz**. vol. 5, C.I. Gerhardt (ed.). Hildesheim: Olms, 1965 [1764†]. p. 49: ‘[B]y virtue of imperceptible variations, two individual things [...] must always differ’ [(E)n vertu des variations insensibles, deux choses individuelles (...) doivent toujours differer’].

³³ GOODMAN, N. Seven Strictures on Similarity. In: **Problems and Projects**. Indianapolis: Hackett, 1972. p. 437.

³⁴ DERRIDA, J. **Mémoires**. Paris: Galilée, 1988. p. 217 [“*Première règle: le respect pour l’autre, c’est-à-dire pour son droit à la différence*”].

³⁵ DERRIDA, J. **Le Monolinguisme de l’autre**. Paris: Galilée 1996. p. 103 [“(L)a traduction est un autre nom de l’impossible”]. See also eg Ortega y Gasset (note 7), p. 431-52, *passim*.

For example, one cannot say “vieux linge” in English in a manner that would convey the semantic extension of the French expression without any accretion or loss of significance along the way, that would be neither a little above or a little below the French language.³⁶ Whatever English words the translator chooses, no matter how painstakingly he proceeds, the meaning of the English words in English will deviate from the meaning of the French words in French, if ever so slightly. In effect, “we are condemned not to total incomprehension nor to pure untranslatability, but to a work of translation which will never be accomplished”.³⁷

Consider the French statute prohibiting ostensible religious “tenues” in French public schools.³⁸ While the range of English translations is extensive – I have in mind, *inter alia*, “garb”, “dress”, “attire”, “outfit”, “clothes”, or “apparel” – no English word offers a case of identical semantic correspondence with the French term. Such an isomorph (this is the technical designation that would indicate an exact correlation) is impossible, and the gammut of options points to the contingency inherent to the matter of translation – an indeterminacy that simply cannot be overcome, that remains unresolvable. Recall the epigraphs to this article. Rather than correctness or exactitude, there is inevitably some play or slack arising in every translation process so that the way of translation is as leeway and thus as *misway*, structurally, intrinsically, inevitably so. The source-text that obviously exists in advance of the translator, that is there without him and irrespective of him, thus stays out of his epistemic reach: it resists him and his interpretive forays, it keeps a secret from him. Since there is no possible identification between the translator and the text (the self cannot be the other),³⁹ and because his translation only tells the

³⁶ I refer to Letter from S. Beckett to G. Devine in CRAIG, G. *et al* (eds.). **The Letters of Samuel Beckett**. vol. 3. Cambridge: Cambridge University Press, 2014 [16 February 1957]. p. 26. Beckett’s self-translation across French and English supplies endless illustrations of untranslatability. For instance, contemplate this passage from Beckett’s in French: “J’allais le voir, à l’asile. Je le prenais par la main et le traînais devant la fenêtre. Mais regarde! Là! Tout ce blé qui lève. Et là! Regarde! Les voiles des sardinières! Toute cette beauté!”: BECKETT, S. **Fin de partie**. Paris: Editions de Minuit, 1957. p. 60-61. Now, envisage this excerpt from Beckett’s in English in BECKETT, S. **Endgame**. R. McDonald (ed.). London: Faber & Faber, 2009 [1958]. p. 28: “I used to go and see him, in the asylum. I’d take him by the hand and drag him to the window. Look! There! All that rising corn! And there! Look! The sails of the herring fleet! All that loveliness!”. For George Steiner, the prominent comparatist and literary critic, “[t]he transfer is flawless [...]”. Yet the differences in cadence, in tone, in association, are considerable”: STEINER, G. **After Babel**. 3rd edn. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 498. According to Steiner, “[t]hat rising corn’ and ‘ce blé qui lève’ speak of worlds different enough to allow the mind both space and wonder”: *ibid*. To appreciate Steiner’s point requires considerable perspicacity. But his insight is sound, and the difference he indicates is not a figment of his imagination. *It is there*, and what Steiner does is to ascribe meaningful existence to it through a process of elucidation. (Incidentally, what Steiner styles a “flawless” translation consists, in effect, in a transposition that features many semantic differences as Beckett rewrites the French text and transforms it into English.)

³⁷ BENNINGTON, G.; DERRIDA, J. **Jacques Derrida**. Paris: Editions du Seuil, 1991. p. 164 [“nous sommes condamnés, non pas à l’incompréhension totale, ni à l’intraduisibilité pure, mais à un travail de traduction qui ne sera jamais accompli”]. The words are Geoffrey Bennington’s.

³⁸ Statute no 2004-228 of 15 March 2004, art 1.

³⁹ Cf. DERRIDA, J. *Fidélité à plus d’un*. **Cahiers Intersignes**, Paris, vol. 13, p. 221-265, 1998. p. 226: “One does not have access to the here-now of the other” [“On n’a pas accès à l’ici-maintenant de l’autre”].

source-text as *he* apprehends it, the translation ultimately conveys only “his” reading of the text. Again, notwithstanding how hard the translator tries, how meticulous his work, the fact of the linguistic matter is that no English word will ever capture the full semantic ramifications of the French term “*tenues*”: “[T]here is something of the original text that no translation can touch”.⁴⁰ Indeed, because “the [meaning] itself always slips away”,⁴¹ no integral restitution is possible and the translative debt cannot be acquitted. One more illustration of this epistemological predicament must suffice.

In Kafka’s *Die Verwandlung*, Gregor Samsa finds himself having been transformed into “*einem ungeheueren Ungeziefer*”. Let us review some of the better-known translations in English: “a gigantic insect” (E. and W. Muir, Vintage [Random House] 1933); “a monstrous vermin” (S. Corngold, Modern Library [Random House] 1972 and J. Neugroschel, Scribners 1993); “an enormous bug” (S. Applebaum, Dover 1996); “a horrible vermin” (D. Wyllie, Wisehouse 2002); “a gargantuan pest” (M.A. Roberts, Prestwick House 2005); “a monstrous cockroach” (M. Hofmann, Penguin 2007); “some kind of monstrous vermin” (J. Crick, Oxford University Press 2009); and “some sort of monstrous insect” (S. Bernofsky, Norton 2014). It is, in fact, easy to think of other choices: “a gigantic vermin”; “a gigantic cockroach”; “a gigantic bedbug”; “a monstrous insect”; “a monstrous bedbug”; “some kind of monstrous insect”; “some kind of monstrous cockroach”; “an enormous insect”; “an enormous vermin”; “some sort of monstrous vermin”; and “some sort of monstrous cockroach”. Imagine also the long list of potential permutations if one substitutes words like “beetle”, “bug”, “pest”, “roach”, “wall-louse”, or “wiglouse” – an enumeration that cannot be pronounced closed for “[a] thousand possibilities will always remain open even as one understands something of that sentence that makes sense”.⁴² Not only, then, is “equivocity [...] in fact always irreducible”,⁴³ but “translation changes completely the text”.⁴⁴

No translation is definitive, then – which is why, for example, leading publishers regularly commission retranlations of famous works.⁴⁵ In effect, “[t]he act of translation

⁴⁰ DERRIDA, J. *Table ronde sur la traduction*. In: LEVESQUE, C.; McDONALD, C.V. (eds.). **L’Oreille de l’autre**. Montréal: VLB Editeur, 1982. p. 152 “[l]i y a quelque chose du texte original qu’aucune traduction ne peut toucher”].

⁴¹ DERRIDA, J. **La Voix et le phénomène**. Paris: Presses Universitaires de France, 1967. p. 117 “[Le sens] même se dérobe toujours”. I substitute “sens” (“meaning”) for “chose” (“thing”).

⁴² DERRIDA, J. **Limited Inc** E. Weber (ed.). Paris: Galilée, 1990. p. 122 “[m]ille possibilités resteront toujours ouvertes, alors même qu’on comprend quelque chose de cette phrase qui fait sens”].

⁴³ DERRIDA, J. Introduction. In: HUSSERL, E. **L’Origine de la géométrie (Der Ursprung der Geometrie)** [1954†]. J. Derrida (transl.). Paris: Presses Universitaires de France, 1962. p. 106 “[l]’équivocité (...) en fait toujours irréductible”].

⁴⁴ DERRIDA, J.; FERRARIS, M. **Le Goût du secret**. A. Bellantone; A. Cohen (eds.). Paris: Hermann, 2018 [1994]. p. 84 “[l]a traduction change totalement le texte”]. The words are Derrida’s. Cf. VENUTI, L. **Translation Changes Everything**. London: Routledge, 2013.

⁴⁵ Illustrations abound. Eg: BEAUVOIR, S. de. **The Second Sex**. C. Borde; S. Malovany-Chevallier (transl.). London: Cape, 2009. The earlier translation was HM Parshley’s (Knopf 1953). Beauvoir’s *Le Deuxième sexe* appeared in 1949.

[...] means living *with* difference and living with *failure*. It means acknowledging the co-equal incommensurables that separate us”.⁴⁶ Appreciating that his translation is doomed to fail, that it is fated not to achieve duplication across languages, the translator’s challenge is effectively to “[f]ail better”,⁴⁷ that is, continually to seek to improve upon his always-already deficient translative effort.

Now, the fact that translation is impossible, that there is no ascertainable meaning of a text in translation that would be firm, settled, or permanent, evidently need not imply that translation must not be undertaken. Arguably, the case for the ineradicability of translation seems so evident that it is hardly worth discussing. I am therefore content to quote again George Steiner, who pithily captures the necessity of the translative enterprise by observing that “[w]ithout [translation], we would live in arrogant parishes bordered by silence” – a situation that must be unacceptable to any individual with the least intellectual sophistication.⁴⁸ Even as translation is acknowledged to be impossible, then, no text must be deemed immune to translation.⁴⁹ Again, though, one must appreciate that when one proceeds to translate, one is, literally, performing the impossible, that is, one must realize that one’s endeavour is doomed to failure, that one is operating in “constant renunciation”.⁵⁰ Not only is it important to have a keen awareness of the limits of one’s intellectual assignment, but I find that it is good to bring to bear a sense of modesty to one’s task – to say, with Derrida: “What guides me is always untranslatability”.⁵¹

Still, things are complicated for even as the translator must remain humble, he cannot forget (and others must not forget either) that his input is considerable. In effect, the translator also signs the author’s text. To be sure, it is not a joint signature so much as a *counter-signature*. If this expression evokes the idea that the translator would be counterfeiting the text, such resonance is etymologically apt, since the Latin “contra-facere” means “to make in opposing imitation, to make in contrast to imitation”. It is not, then, that the translator is opposing the source-text, but that his translation runs counter to the idea of imitation. Think also of the sentence, “She is my counterpart in New York”. On reflection, there is no suggestion in the word “counterpart” of any

⁴⁶ MAITLAND, S. *What Is Cultural Translation?* London: Bloomsbury, 2017. p. 8.

⁴⁷ Beckett (note 1), p. 81.

⁴⁸ STEINER, G. Introduction. In: STEINER, G. (ed.). *The Penguin Book of Modern Verse Translation*. London: Penguin, 1966. p. 25.

⁴⁹ Indeed, Derrida suggests that a text is always-already making a request to be translated so as to ensure its survival. In other words, a translation would not arise as an accident that would advene to an already full substance, but would be responding to an initial limitation within the textual substance. Assuming the merit of this insight, can it be applied to law-texts? Does a (local) law-text desire its translation? See Derrida (note 40), p. 201-02.

⁵⁰ GADAMER, H.-G. *Wahrheit und Methode*. 5th edn. Mohr Siebeck, 1986. p. 389-90.

⁵¹ DERRIDA, J. Du mot à la vie: un dialogue entre Jacques Derrida et Hélène Cixous (interview with A. Armel). *Magazine littéraire*, Paris, April 2004, p. 26 [“Ce qui me guide, c’est toujours l’intraductibilité”].

antagonism or mimetism. Rather, one's "counterpart" evokes the idea of an alter ego, of a second entity reminiscent of the initial one although different from it (since there is more than one, there must indeed be difference).⁵² As he responds to the text, the translator affirms it by extending its life beyond its language, by permitting it to *live on* – if differently – by conferring an "increase of being" to it.⁵³

3 Translation features a constant tension between two supremacies, that of the translator over the text and that of the text over the translator. In the end, the text carries.

The translator must be aware that he wields great power over the text being translated. Indeed, his role deserves to be acknowledged well beyond the invisibility to which it has traditionally been confined – inasmuch as the view has long held that a translation must produce a text that does not seem to be translated in the first place, the abiding idea being that the less evident it is, the better the translation.⁵⁴ However, the fact of the matter is that it makes all the difference whether Shakespeare's translation into French is Pierre Leyris's or Yves Bonnefoy's – or, to return to my Beauvoir illustration, whether *Le Deuxième sexe* is Howard Parshley's or Constance Borde's translation into English. Again, this individual ascendancy is what the expression "counter-signature" purports to convey by insisting that the translator is also signing the text, if differently from its author. (Incidentally, time matters, too: the English that prevailed in Parshley's era in the early 1950s is obviously not the English that governed in Borde's moment in the 2010s. Sixty years hence, some English words are no longer current and accordingly terms that Borde would not consider deploying, while other formulations emerged in the intervening six decades that would therefore have been unknown to Parshley.)

Still, even as I argue for the necessary recognition of the translator's power – every individual translation is discriminative, decisive, and critical – I maintain that the text being translated acts as a kind of charter framing the translator's autonomy. To

⁵² I draw on DERRIDA, J. *Contresignature* (unpublished 2000), 44 pp. p. 30 [on file]. At this writing, Derrida's essay remains inedited in its original version. I am grateful to Leslie Hill, University of Warwick, for supplying me with the French document. For a published English translation, see DERRIDA, J. *Countersignature*. M. Hanrahan (transl.). **Paragraph**, Edinburgh, vol. 27, n. 2, p. 7-42, 2004. Reflecting on the "counter-move", Bernard Harcourt writes that "[n]either inherently good nor bad, it can go in multiple directions. It is not thesis, antithesis, synthesis. It is not anti-": Harcourt (note 21), p. 202. He adds: "*Counter can fail*": *ibid*.

⁵³ Gadamer (note 50), p. 145 ["Zuwachs an Sein"]. For Walter Benjamin, translation indeed pertains to the "survival" ("Überleben") or "afterlife" ("Fortleben") of the source-text: BENJAMIN, W. *Die Aufgabe des Übersetzers*. In: BENJAMIN, W. **Illuminationen – Ausgewählte Schriften**. vol. 1, S. Unseld (ed.). Berlin: Suhrkamp, 1977 [1923]. p. 51. It follows that "the original is *a priori* indebted with regard to the translation": Derrida (note 40), p. 201 ["l'original est *a priori* endetté à l'égard de la traduction"].

⁵⁴ In the preface to the English version of his *Rechtsvergleichung* (note 20), Uwe Kischel states that he wanted "a translation that reads not like a translation": KISCHEL, U. **Comparative Law**. A. Hammel (transl.). Oxford: Oxford University Press, 2019. p. ix. See generally VENUTI, L. **The Translator's Invisibility**. 3rd edn. London: Routledge, 2018.

offer a provocative illustration, there is no way in which the word “tenues” in the French statute on religious attire in public schools could meaningfully be translated into English as “nuclear rockets”. Consider Derrida: “One does not do anything whatsoever with language”.⁵⁵ There are the words that there are, there, and while a source-text can have more than one meaning it cannot have every meaning. What control the translator is in a position to exercise – and his authority is considerable – must therefore contend with the source-text’s words themselves. Since no translation is fully exempt from reference – every translation is a translation of *something* – the translator’s readerly sovereignty cannot be unconditional, at least if the exercise must be worthy of being designated a “translation”. For a translation to exist as a translation of a text, it must demonstrably engage with the text, with *that* text. If you will, there is a “going-along-in-understanding” that must be involved in the process of translating a text.⁵⁶ In other terms, translation is re-presentation, a presentation anew of the primary text, an iteration. Arguably, it is not so much that the target-text is to be found vis-à-vis the source-text, but that the source-text inheres to the target-text: it is present within it. Envisage translation as giving effect to a deployment of inherence. Now, because translation is of a text and since – conventionally, at least – the source-text can only signify within a bounded semantic framework, when it comes to meaning it is the words of the source-text that have the last word.

This textual preponderance – this resilience – has to do neither with anything like the essence of the inscribed source-words nor with any form of transcendental withstanding capturing the source-text. Rather, it concerns the way in which a given linguistic community has conventionally invested the relevant term – say, “tenues” – with a received semantic extension or an accepted meaning, often over the *longue* or *très longue durée*. Otherwise said, “[t]he meaning of an utterance [...] is its experience”.⁵⁷ There are therefore limits, or “built-in” conventional semantic constraints, to cabin how much the translator’s assertion of individual consciousness can strike an independent course from the social aspect of human understanding – which entails that there is no unlimited or infinite semiosis: “The words themselves block the way”.⁵⁸ It follows that a translation can be impugned as an over-translation, at least as a conventionally inadmissible over-translation, that is, as a translation *lying* beyond what an original text

⁵⁵ DERRIDA, J. **Apprendre à vivre enfin**. J. Birnbaum (ed.). Paris: Galilée, 2005 [2004]. p. 38 [“On ne fait pas n’importe quoi avec la langue”]. Even as it shows itself to be remarkably open, language thus frames the extent of its own possible unfolding as it reveals “powers of coding or of overcoding, otherwise said, of control and of self-regulation”: Derrida (note 2), p. 354 [“pouvoirs de codage ou de surcodage, autrement dit de contrôle et d’autorégulation”].

⁵⁶ GADAMER, H.-G. *Hermeneutik auf der Spur*. In: **Gesammelte Werke**. vol. 10. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995 [1994]. p. 161 [“im Verstehen mitzugehen”].

⁵⁷ FISH, S. **Is There a Text in This Class?** Cambridge: Harvard University Press, 1982. p. 65.

⁵⁸ HARTMAN, G. H. **Saving the Text**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1981. p. 157.

can legitimately be taken to mean at a certain time within an ascertainable linguistic constituency under any reasonably intelligible or persuasive view.⁵⁹

4 A translation is unavoidably autobiographical.

The idea that a translation would be neutral or impartial – that is, objective – is unsustainable. Rather, a translation must feature an input from the translator – from *this* particular translator – whose inclinations will prompt him, say, to translate “tenues” as “attire” rather than “apparel” (*supra*). Now, when a translator comes to the act of decision-making, he simply cannot operate from a presuppositionless starting-point. Indeed, if every preconception or opinion, if every predisposition or bias, if every predilection or proclivity, were to be removed from the translator’s mind, there would be no intellectual equipment at the translator’s disposal with which to proceed to the determinations that he must make. Otherwise said, “[one] cannot possibly start with a clean slate and still be somebody capable of starting”.⁶⁰ To iterate the point a little more philosophically, translation cannot be dissociated from the idea of a radical fore-structure – a *rooted* fore-structure – within which thought always-already dwells. In effect, translation necessarily projects itself out of that fore-structure. And it is the projective character of translation that inevitably delineates what possibilities will prove available or foreclosed to the specific translator. Projection, possibility, and translation are thus as empirically governed as they are inextricably entwined. (Observe that it would be simplistic to reduce the fore-structure to pre-knowledge, since the instrumental nexus I discuss operates at a more primordial level still. For instance, it embodies all manner of emotions that inform translation even as they do not concern knowledge strictly understood.)

To be sure, the autobiographical character of the decision to translate “tenues” by way of “attire” rather than “apparel” may not be apparent. But this is hardly a sufficient reason to dismiss the fact that the translator brings to bear his fore-structure on the decision to deem one English word more relevant than the other. Indeed, it simply cannot be the case that a translation is not inflected by autobiography for no translation

⁵⁹ Over-translation is a variation on the theme of over-interpretation. Note that even an advocate of over-interpretation such as Jonathan Culler concedes that “meaning is context bound”: CULLER, J. In *Defence of Overinterpretation*. In: COLLINI, S. (ed.). **Interpretation and Overinterpretation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 120.

⁶⁰ FISH, S. *Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak’s Purposive Interpretation in Law*. **Cardozo Law Review**, New York, vol. 29, n. 3, p. 1109-1146, 2008. p. 1135. Indeed, Heidegger goes so far as to claim that “[e]very disputation between different interpretations of a work, not only in philosophy, is in truth a mutual reflection relating to leading presuppositions; it is the discussion of these”: HEIDEGGER, M. **Was heisst Denken?** In: **Gesamtausgabe**. vol. 8, P.-L. Coriando (ed.). Frankfurt: Klostermann, 2002 [1954]. p. 181 [(j)ede Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Interpretationen eines Werkes, nicht nur des philosophischen, ist in Wahrheit eine wechselseitige Besinnung auf die leitenden Voraussetzungen, ist die Erörterung dieser].

is ever immediate.⁶¹ Rather, a translation must be mediated through the translator's experience: no translation can be dissociated from a translator's commentary on the source-text – even if this narrative should be taking place *sotto voce*. Note that the integration between the translator's self and the source-text runs deeper than co-extension, which assumes separability, measurability, divisibility, or identifiability. It is not that selfhood and texthood parallel or succeed each other, but that they tessellate each other, that they mingle to the point of indissociability. Otherwise said, the translator proceeds to a selfing of the source-text. The translating self textualizes itself: it inscribes itself – it writes itself – into the source-text, it marks the text so that a translation is ultimately resolvable as a quest for the expressive self. It follows that there is no unrhetorical translation, rhetoric being the enabling condition of all articulate thought. "[A]s long as a translation remains a translation, [...] it will always have a translator's presence and therefore a translator's subject position inscribed in it, however well hidden they may be".⁶²

I have been referring to the translator's velleities. It is important to insist that these are not all strictly personal to him, that they are therefore not all at his free disposal to modify. The fact of the matter is that the translator has been thrown into a culture – a cultural complex – that has framed his world and his world-view and that he has made his, largely semi-consciously or even sub-consciously. And that culture, which he has incorporated and now embodies, is at once enabling and constraining: it provides the individual with tools allowing him to make sense of his world (again, think about language, which permits one to name or designate), but it also limits his horizons (an anglophone cannot spontaneously approach a chair as feminine and an armchair as masculine, while a francophone readily thinks of "la chaise" and "le fauteuil"). Within the autobiographical imprint, the fact of enculturation thus certainly occupies a certain place, even if it resists clear description. In effect, autobiography is also autoheterography.

I have been claiming that the translator affirms the text being translated. The point I am making at this juncture is that it is crucial not to lose sight of the fact that *he* affirms the text – *he* does, not someone else. That the ascribed meaning in translation should depend on the *texture* of the translator's experience is another reason, then, for

⁶¹ Cf. FOUCAULT, M. Nietzsche, Freud, Marx. In: **Dits et écrits**. vol 1, D. Defert; F. Ewald (eds.). Paris: Gallimard, 1994 [1967]. p. 571: "There is never [...] an *interpretandum* that be not already *interpretans*, so much so that it is a relation as much of violence as of elucidation that establishes itself in interpretation" ["Il n'y a jamais (...) un *interpretandum* qui ne soit déjà *interpretans*, si bien que c'est un rapport tout autant de violence que d'élucidation qui s'établit dans l'interprétation"]. A translation – any translation – is, to be sure, an interpretation. See HEIDEGGER, M. **Heraklit**. In: **Gesamtausgabe**, vol. 55, M.S. Frings (ed.). Frankfurt: Klostermann, 1979 [1943]. p. 63: "Interpretation and translation are at their essential core the same" ["Auslegung und Übersetzung sind in ihrem Wesenskern dasselbe"]. I read Heidegger to mean that there is a difference between the two intellectual processes – of course, there is – but that it is slight.

⁶² HERMANS, T. **The Conference of the Tongues**. London: Routledge, 2007. p. 27.

the impossibility of a translation that would be exactly – isomorphically – ad idem with the source-text. The self cannot be the other. You cannot be the text you are translating.

5 A translation cannot be true (but it can be false).

Because it deals in words, translation must belong to the realm of interpretation, and it cannot therefore concern the domain of truth – the two epistemic labels being mutually exclusive. By way of illustration, none of Kafka's English translations that I have collected (*supra*) can reasonably warrant identification as the "true" translation of the German text (in the sense in which it would be the unique, uniquely fixed, uniquely stable, and uniquely acknowledged translation of Kafka's). "Truth" is, in fact, as inapplicable to translation as would be the words "angry" or "loud" by reference to a blanket or a cucumber. In other terms, the search for truth is the pursuit of an imaginary goal thoroughly exogenous to the translative inquiry.

Since to consider the various translations of "einem ungeheueren Ungeziefer" is to witness a conflict of interpretations, not only does no translation justify the ascription of the qualifier "true" to it, but no translation harbours an intrinsic entitlement to carry interpretively over its competitors. For instance, what could it mean that amongst all the published translations of Kafka's, Michael Hofmann's or Joyce Crick's translation should find favour, say, with the largest number of tenured professors in what are, according to the *US News & World Report's* 2022 rankings, the ten leading US universities offering graduate programmes in German Studies? The expression of such a preference by the constituency I identify – even as it is so easy to think of many other focus groups – can only suggest that the specific professors who were surveyed found one particular translation to be more persuasive to them than all the other attempts that had come to their attention by the time they were prompted. Indeed, I find it unbelievable that either Hofmann or Crick would ever think of his or her translation as true, while I fully accept how both translators would earnestly contend that their translation offers the best interpretive yield out of Kafka's work, that it is doing Kafka's text justice in a way that no other translation can quite match. (I appreciate that the late Ronald Dworkin thought otherwise, but I find myself unable to accept his view.⁶³) And it is implausible

⁶³ According to Dworkin, "a scholar who labors for years over a new reading of *Hamlet* cannot believe that his various interpretive conclusions are no more valid than the contradictory conclusions of other scholars [...] [...] [I]f [interpreters] have come to think that one interpretation of something is best, they can also sensibly think that that interpretation meets the test of what defines success in the enterprise, even if they cannot articulate that test in much or any detail. So they can think there is objective truth in interpretation": DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 151. I cannot see how Dworkin's scholar is legitimately – and creditably – able to move from "sensibly think[ing] that [his] interpretation meets the test of what defines success in the enterprise" to "think[ing] [that] there is objective truth in interpretation". For me, Dworkin's conjunction ("So") at the beginning of the last sentence of my quotation indeed heralds a non sequitur. While all of Kafka's translators in English are presumably acting seriously and wish to be taken seriously, this sense of purpose, no matter how heightened, does not mean, need not mean, and must not

that such matters as the publisher's reputation, the translator's institutional affiliation, the translator's fame, the reviews of a translation in high-profile literary journals or magazines, even a professor's acquaintance or friendship with Hofmann or Crick, it is implausible, then, that such circumstances would have nothing whatsoever to do with the formulation of one's preference. In sum, the fate of any given translation is tied to the manner in which it manages to convince or not, and persuasion involves the enmeshment of an infinitely complex array of facts, not all of them having to do with high-minded scholarship. At any rate, it is therefore crucial not to think of any translation you produce as being a candidate for elevation to the status of "true" translation. The only verity is variety. However, you must be careful that your translation is not regarded as false.

To be sure, falsehood is no more an objective matter than all other interpretive questions. Even the English translation of "tenues" as "nuclear rockets" cannot be said to be objectively false. However, in advance of empirical study, what can legitimately be expected is that reasonable interpreters will unanimously maintain that such an English translation completely fails to do justice to the French term – that it is, for all intents and purposes, well, false.⁶⁴ Of course, unanimity does not objectivity make, and the issue of falsehood ultimately remains a matter of conventionality. (I insist that my remit is translation rather than, say, heliocentrism.)

The translator's challenge, then, consists in occupying a locus that must be out-of-truth without being false. In passing, let me insist how it is indeed key that a translation ought to be ascertainable as false and thus open to fully-fledged interpretive disqualification. Any idea that translation would imply that "anything goes" – that "any translation goes" – or that the process could generate some translative "free-for-all", any idea that the structural translative play there is could somehow become free play and countenance something like translative anarchy, must prove indefensible. Let me emphasize, too, that one does not need truth in order to be able to ascertain falsehood. Indeed, it cannot be that to declare "nuclear rockets" to be a false English-language reading of "tenues", one requires to have discerned the true English-language reading of "tenues". I cannot accept this binary analytics. Frankly, I find that there is banality to such binarity.

mean that any of these translators should hold his or her interpretation to be "true". Again, what a translator requires to assume, and what his readership needs to accept about his work, is that his translation carries a higher interpretive yield than others. And, as regards any expression of conviction in the supremacy of one interpretation over others, the idea of "truth" is superfluous. Moreover, there would be no sense in talking about "truth for me", since if one adds this codicil the word "truth" ultimately finds itself devoid of meaningful semantic import.

⁶⁴ Considering the matter with specific reference to the issue of interpretation, Simon Blackburn rightly insists that "falsity can be detected for what it is": BLACKBURN, S. **On Truth**. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 126. But, unlike what Blackburn appears to imply (without offering any supporting argument), it does not follow that that there is truth-in-interpretation – or truth-in-translation.

6 Translation is a second original.

The optimal way to acknowledge that a translation is an enactment, a performance, and that the translator is a mediator – to vindicate the fact that translation, even as it maintains semantic correlations and perhaps stylistic resonances with the source-text, does not involve the transfer of an invariant – is to recognize it as a second original (rather than as the first original in a second language).⁶⁵ Translation is, perforce, an original creation – it is the first original, originally once more, if differently. Again, such difference obtains, because straightforward duplication across languages is beyond reach. Indeed, in Derrida's words, "for the notion of translation, one will have to substitute a notion of *transformation*: the regulated transformation of a language by another, of a text by another".⁶⁶ He adds: "We will not have been and have not been involved ever, in fact, in some 'transportation' of pure signifieds that the signifying instrument – or the 'vehicle' – would leave virginal and unbroached, from one language to another".⁶⁷ Otherwise said, there can be "no transportation without transformation".⁶⁸

Observe that while the translator is writing a second original, he is inscribing an original of a peculiar kind, since this second original is not fully autonomous: it is an original that must emanate from the first original, that must be of it. There is play, then, inevitably so, but – to repeat – there is not free play.⁶⁹ Crucially, though, the idea of a second original assists in acknowledging the translator's agency, in recognizing the fact

⁶⁵ There is (ancient) legal evidence to the effect that a translation qualifies as original work. Eg: *Stowe v Thomas* 23 F Cas 201 (Circuit Court Eastern District Pa 1853), where an unauthorized German translation of Harriet Beecher Stowe's novel *Uncle Tom's Cabin* (1852) was said not to have infringed the author's copyright in the English text. At 207, Grier J held that "[t]he same conceptions clothed in another language cannot constitute the same composition". At *ibid*, the judge added, no doubt excessively, that "[t]o make a good translation of a work, often requires more learning, talent and judgment, than was required to write the original". See also *Byrne v Statist Co* [1914] 1 KB 622, where Bailhache J held that a newspaper had infringed a translator's copyright by publishing his translation without his permission. At 627, the judge held a translation to be an "original literary work".

⁶⁶ DERRIDA, J. **Positions**. Paris: Editions de Minuit, 1972. p. 31 ["à la notion de traduction, il faudra substituer une notion de *transformation*: transformation réglée d'une langue par une autre, d'un texte par un autre"].

⁶⁷ *ibid* ["Nous n'aurons et n'avons en fait jamais eu affaire à quelque 'transport' de signifiés purs que l'instrument – ou le 'véhicule' – signifiant laisserait vierge et inentamé, d'une langue à l'autre"]. Cf. BELLOS, D; SCHEPPELE, K. L. *Translating Law Across Cultures and Societies: A Conversation with David Bellos and Kim Lane Scheppele*. In: MERTZ, E.; MACAULAY, S.; MITCHELL, T. W. (eds.). **The New Legal Realism**. vol. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 286: "There is always something that changes in the course of translation because – you changed [the legal institution or legal idea] almost by definition when you moved it to a new place". The words are Scheppele's.

⁶⁸ LATOUR, B. **Aramis ou l'amour des techniques**. Paris: La Découverte, 1992. p. 104 ["pas de transport sans transformation"].

⁶⁹ Cf. BRIGGS, K. **This Little Art**. London: Fitzcarraldo, 2017. p. 338: "Some new thing starts to get made in the frame of againness; something that is *of the original*, yes, but that will extend beyond the reach of it, the purview of it, since it is being made by someone else, by me now".

that the translator is a writer in his own *write* and in his own *re-write*.⁷⁰ To enunciate or enact a translation is *to do* something. A translator's understanding is a "*participating understanding*".⁷¹

A metaphorical excursus may help to change the idea of change that has traditionally governed translation – now to envisage change as a move away from the original form rather than as a (deficient) reformation of it, as a displacement rather than as "the project to return 'strategically', ideally, to an origin or to a 'priority' [that would be] simple, intact, normal, pure, proper, so as *then* to think [through] the derivation, the complication, the degradation, the accident".⁷² The focus must no longer be on how the original finds itself distorted in the process of translation, but rather on the observation of the life that is displayed in the source-text's becoming as it is seen to evolve epigenetically, that is, by way of a differentiation process known as "epigenesis". If you will, one must appreciate that "lost in translation" is but a "tedious old saying";⁷³ instead, one requires to ponder Borges: "The original is unfaithful to the translation".⁷⁴ But I must address elasticity and plasticity.

While different degrees of desirable, allowable, or feasible stretch can be envisaged, elasticity ultimately privileges the original starting-point. In the end, whatever change takes place in the shape of the elastic entity purports to revert to the initial form. Although the original form may have been de-formed, it finds itself being re-formed. Elasticity thus refers to an appearance of change only. Contrariwise, plasticity (as in sculpting or modelling or, beyond hard and malleable materials, as in plastic surgery) is about giving new form: it is about change, too, but it concerns the kind of change that breaks free of the initial structure. All equivalence-based theories of translation (and their deference to the original as something, in effect, along the lines of an immutable essence) fit the elasticity paradigm. If you will, elasticity refers to an economy of exchange, where one form is constantly re-formed. To be sure, the external appearance of the source-text may change (say, from French to English), but the substance of the form, if I can put the matter this way, is meant not to change. It is thus the source-text that delineates the condition of possibility of translation (how thin can the elastic stretch). And when the elastic breaks, there is promptly heard the

⁷⁰ Cf Derrida (note 40), p. 202: "Translation is a writing, [...] it is a productive writing" ["La traduction est une écriture, (...) c'est une écriture productive"].

⁷¹ BULTMANN, R. Das Problem der Hermeneutik. *Zeitschrift für Theologie und Kirche*, Tübingen, vol. 47, p. 47-69, 1950. p. 56 ["teilnehmende(s) Verstehen"].

⁷² Derrida (note 42), p. 174 ["le projet de remonter 'stratégiquement', idéalement, à une origine ou à une 'priorité' simple, intacte, normale, pure, propre, pour penser *ensuite* la dérivation, la complication, la dégradation, l'accident"].

⁷³ FLOTOW, L. von. *Translating Women*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2011. p. 9.

⁷⁴ BORGES, J. L. Sobre el Vathek de William Bedford. In: *Otras inquisiciones*. Madrid: Alianza Editorial, 1997 [1952]. p. 207 ["El original es infiel a la traducción"].

discourse of loss (think “lost in translation”). Plasticity, for its part, refers to an alternative economy. Since there is the marble block and, later, the sculpture, the block does not act as a fixed referent determining the sculpture. Indeed, there is no identity between the marble block and the sculpture. Likewise, there is no identity between the source-text and the target-text. Rather, there is more than one text, that is, there is transformation. Of course, there are limits to the plasticity of plasticity, and one cannot do whatever one wants – whether with the marble block or the source-text.⁷⁵

7 Failure to translate is an opportunity.

Once it is established that translation cannot legitimately aspire to truth (*supra*), once the insurmountable recalcitrance of the source-text is acknowledged (*supra*), it might be tempting for the translator to lose faith in the endeavour and perhaps renounce the enterprise altogether. But such defeatism would be grievously mistaken. Indeed, the fact that every translation will necessarily fall short of exactitude or correctness, the fact that it will inevitably not find itself ad idem with the source-text on account of the latter’s infinite meaningfulness, the fact that textual intricacy lies beyond what the translator can see and beyond what he can tell in his language (meaning is unsaturable), the fact that the source-text will therefore inevitably keep a secret from the translator, no matter how meticulous or painstaking the translation, all these circumstances present a signal interpretive opportunity.

On account of what is, in effect, a structural misunderstanding – the way in which the act of translation is structured means that there must be an interpretive gap between the source-text and the target-text, howsoever intrinsically excellent the translation⁷⁶ – there can potentially arise a multiplicity of translations. Every single one of these translations will obligatorily be “disadjusted” vis-à-vis the source-text, if ever so

⁷⁵ I draw on Carolyn Shread who, reflecting on her own work as Catherine Malabou’s translator into English, applies to translation studies Malabou’s distinction between “elasticity” and “plasticity”. Eg: SHREAD, C. *Une intelligence autre: Reception Plasticity and the Melancholy of the Translated Author*. **Palimpsestes**, Paris, n. 33, p. 92-101, 2019; SHREAD, C. The Horror of Translation. **theory@buffalo**, Buffalo, vol. 16, p. 77-95, 2012; SHREAD, C. Catherine Malabou’s Plasticity in Translation. **TTR: Traduction, terminologie, rédaction**, Montréal, vol. 24, n. 1, p. 125-148, 2011. For Malabou’s principal philosophical work with respect to this distinction, see MALABOU, C. **La Plasticité au soir de l’écriture**. Paris: Scheer, 2005; MALABOU, C. **Le Change Heidegger**. Paris: Scheer, 2004; MALABOU, C. **L’Avenir de Hegel**. Paris: Vrin, 2000. Malabou explains that she owes the concept of plasticity to Hegel. See HEGEL, G. W. F. **Wissenschaft der Logik**. Frankfurt: Suhrkamp, 1986 [1832]. p. 30-31 and 33. I refer specifically to the preface to the second edition, which was written in 1831. There are other Hegel texts that are also relevant. For instance, Hegel mentions “elasticity” (“Elastizität”) in HEGEL, G. W. F. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt: Suhrkamp, 1986 [1807]. p. 204, 383, and 532. The value of Malabou’s insight stands apart from her wider claim that writing is becoming irrelevant and being replaced by plasticity as a new paradigm for thought – which I regard as an exaggeration that need not detain me.

⁷⁶ Cf. STEINER, G. **No Passion Spent**. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 152, who refers to “the failures or incompletions of even the finest of translations”.

slightly.⁷⁷ Indeed, no translation can legitimately claim to be the source-text's exclusive voice in the target-language, and every translation heralds the choice of a certain infidelity. And the multiplicity of translations reveals the extent of the potentialities that inhere to the source-text and thus affords the occasion for further deliberation both about the equivocal meaning of the source-text and the semantic extension of the various contingencies on offer in the target-language. It is good that the sentence "Aujourd'hui, maman est morte", Albert Camus's famous incipit in his novel *L'Etranger*, should have been translated as "Mother died today" (S. Gilbert, Vintage [Random House] 1946); as "Maman died today" (M. Ward, Vintage [Random House] 1989); and as "My mother died today" (S. Smith, Penguin 2012): "[O]n one side, the singular, the text, the origins, and on the other, the plural, the variations, the derivatives".⁷⁸

It is these variations – these iterations, these repetitions with a difference – that allow for the kind of investigation probing the meaning of Camus's term ("maman") and also the meanings of the different proposed corollaries in translation ("Mother"; "Maman"; "My mother").⁷⁹ Such inquiry may indeed invite a further translation, such as "Today, Maman died".⁸⁰ Still, what is said in translation is structurally "missaid" (I refer, once more, to this article's epigraphs). Along the way, the plurality of translations that I discuss offers a further confirmation of the source-text's untranslatability. Now, this predicament entails that "[the] search for meaning should not be abandoned but rather intensified".⁸¹ Contrariwise, if one translation and one translation only were to be identified as the true, exact, or correct one, this move would bring any conversation to an abrupt end. Ultimately, "an interpretation without failure, an understanding by the self totally adequate [...] would render everything *impossible*, both the event and the advent of the other, the advent to the other".⁸² Yes. If the truth had indeed been proclaimed, what else would there be to say? What discussion would such a very repressive motion leave possible?

⁷⁷ DERRIDA, J. *Spectres de Marx*. Paris: Galilée, 1993. p. 43 ["désajustées"].

⁷⁸ BANU, G. Aujourd'hui, je traduis du grec. In: MUHLEISEN, L. (ed.). *Antoine Vitez, le devoir de traduire*. 2nd edn. Arles: Actes Sud, 2017. p. 38-39 ["(D)'un côté le singulier, le texte, l'origine, et de l'autre, le pluriel, les variantes, les dérivés"].

⁷⁹ Cf. XIE, M. *Conditions of Comparison*. London: Bloomsbury, 2011. p. 161: "We cannot underestimate the fact that not-understanding and mis-understanding also produce knowledge".

⁸⁰ BLOOM, R. Lost in Translation: What the First Line of "The Stranger" Should Be. *The New Yorker*, "Page-Turner" Blog, 11 May 2012. Available at: <<https://www.newyorker.com/books/page-turner/lost-in-translation-what-the-first-line-of-the-stranger-should-be>> [on file]. See also MESSUD, C. A New "L'Etranger". *The New York Review of Books*, New York, 5 June 2014, p. 6 [on file]. For a detailed examination of the fate of Camus's incipit in English with specific reference to the lessons that comparative law can usefully derive from disagreement amongst translators, see GLANERT, S. "Aujourd'hui, maman est morte": traduction littéraire et droit comparé. *Revue droit & littérature*, Paris, n. 4, p. 373-389, 2020.

⁸¹ GASCHÉ, R. *The Tain of the Mirror*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 266.

⁸² DERRIDA, J. *Papier Machine*. Paris: Galilée 2001. p. 306-07 ["une interprétation sans défaut, une compréhension de soi totalement adéquate (...) rendrai(t) tout *impossible*, et l'événement et la venue de l'autre, la venue à l'autre"].

8 Hearken to the source-text.

As you proceed, it is incumbent upon you to be attentive, listening, receptive, hearkening, to be *lending an ear* to the claims of the source-text. In other words, the translator must not be all intervention. As regards the heeding disposition, it is the source-text's wording that matters – and it is the source-text's wording that the translator must consider. I emphasize that the translator's focus ought to be on the source-text's wording – that is, on the words and on the discursive traces they conceal, that lurk between the lines, that are encrypted within the textual fabric⁸³ – and certainly not on anything like the author's intention. Indeed, I reject the idea that words can even “carry” intentions so that they could be perfectly homogeneous vis-à-vis what wanted to be expressed, so that the scripted deed could match the wish. Even if there should be such correlation, which I dispute, I also refute the idea that this expression of intention could ever become reliably known to a translator and then ever be loyally constructed or reconstructed by a translator operating in his own words. Of course, I accept that “[a]ll texts lay out desires,”⁸⁴ which means that I have no difficulty with the idea of the source-text as a volitional product in the sense, at least, that it exists as the outcome of a range of lexicographical choices and, indeed, as a form of willed communication. But the fact that there can be no intentionless text does not entail that intention ought to guide ascription of meaning in translation. In fact, my thesis is that intention, even assuming its expressibility and knowability and constructibility through the translator's words, cannot govern the translation of texts.

Intentionalism assumes that the past can be ascertained “as it really was”, that one can transcend one's translative horizon and somehow return to the moment of creation of meaning by the author of a source-text. Now, this premiss can only pertain to fantasy, and the benchmark of the author's intention therefore supply but illusory normativity. In the lucid words of literary critics William Wimsatt and Monroe Beardsley, “the design or intention of the author is [...] no[t] available.”⁸⁵ To invoke further literary criticism, Derek Attridge's decisive formulation holds that “there is no possibility of a recourse to anything like an intention ‘itself’.”⁸⁶ Meanwhile, Edward Hirsch aptly reminds one that “we have no direct access to the author's mind.”⁸⁷ Hence, Northrop Frye's dispiritment as he famously called intention “[o]ne of the many slovenly illiteracies

⁸³ For a discussion of tracing as a primordial interpretive strategy within comparative law, see LEGRAND, P. *Siting Foreign Law: How Derrida Can Help*. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 21, n. 3, p. 595-630, 2011.

⁸⁴ SPIVAK, G. C. **Readings**. Kolkata: Seagull Books, 2014. p. 136.

⁸⁵ WIMSATT, W. K.; BEARDSLEY, M. C. The Intentional Fallacy. **Sewanee Review**, Baltimore, v. 54, n. 3, p. 468-488, 1946. p. 468.

⁸⁶ ATTRIDGE, D. **The Singularity of Literature**. London: Routledge, 2004. p. 101.

⁸⁷ HIRSCH, E. D. **Validity in Interpretation**. New Haven: Yale University Press, 1967. p. 99.

that the absence of systematic criticism has allowed to grow up”⁸⁸ It follows that a translator can only ever hope to win the persuasion game if, “in the explicit listening to the discourse of the other”;⁸⁹ he can convincingly point to the words of the text, not to any intention allegedly informing the writing. Intention simply cannot supply the touchstone of translation, and it cannot act as a limit to translation either.

9 Recognize (and challenge) the injustices pertaining to published translations.

It can be tempting to draw on a published translation – especially if such text has been released under a leading academic press’s imprint. Although I appreciate that this standard can readily prove impractical to uphold, you should always verify the published translation against the source-text before mobilizing it – possibly with the assistance of someone conversant in the source-language if you yourself are not. After all, why would you rely on the published translator’s interpretation of the source-text (the fact that the translation appears under a famous publishing imprint changing nothing to the suspicion you ought to be harbouring)? In most cases, this published translator will be unknown to you as will be the circumstances pursuant to which the translation was conducted. For example, one of Derrida’s most famous translators into English has written how, at some point, it was felt to have become important to translate Derrida’s work in a hurry – a fact that you yourself would not realize as you proceed to commit trust in a given translation.⁹⁰ (If one were not minded to remain charitable, it would be easy to add that the concern for swiftness I mention is, regrettably, on full display in many English translations of Derrida’s texts.) An excellent illustration of the difficulty I address concerns the translation of Derrida’s “jeu” in the published proceedings of his prominent contribution to the celebrated 1966 Johns Hopkins conference on structuralism not as “play”, but as “free play”.⁹¹ The implications of this injustice to the French source-text have proven hugely consequential concerning both Derrida’s reputation as a philosopher and the fate of deconstruction, the term that came to designate his philosophical project. By ricochet, so to speak, the consequences I address also affect comparative law. Consider this account of the matter.

While Derrida’s French text, “La structure, le signe et le jeu dans le discours des sciences humaines”, argues that the very point of the idea of “structure” in philosophy

⁸⁸ FRYE, N. **Anatomy of Criticism**. Princeton: Princeton University Press, 1957. p. 57.

⁸⁹ HEIDEGGER, M. **Sein und Zeit**. Tübingen: Niemeyer, 2001 [1927]. p. 164 [“im ausdrücklichen Hören der Rede des Anderen”].

⁹⁰ See KAMUF, P. Traduire dans l’urgence. **Magazine littéraire**, Paris, Avril 2004. p. 49.

⁹¹ For a recension of the basic facts concerning this matter, see NEALON, J. T. Deconstruction and the Yale School of Literary Theory. In: SCHRIFT, A. D. (ed.). **Poststructuralism and Critical Theory’s Second Generation**. London: Routledge, 2014. p. 389-90.

and anthropology (for instance, in the work of Claude Lévi-Strauss) has been to try and limit “the *play* of the structure” (“le *jeu* de la structure”), it maintains that such play is effectively inherent to every structure and that it is therefore uneliminable.⁹² Derrida’s contention is momentous, which I can show by making reference to a long-standing controversy within comparative law. I begin with James Gordley, an erudite comparatist, who tells us that as regards liability for bodily harm or the sale of defective goods, the law is “much the same” in, inter alia, Montpellier, Tucson, Tel Aviv, Tokyo, and Jakarta.⁹³ Meanwhile, Alan Watson, in his *Society and Legal Change*, offers a statement that well encapsulates his views on legal dissemination: “Visigothic Spain, parts of post-mediaeval Germany and nineteenth century California could accept for a variety of reasons what is basically the same régime of matrimonial property”.⁹⁴ I suggest that Gordley and Watson are effectively maintaining the existence (or the reality) of structures in law. They are saying, if you will, that there are embedded within various legal cultures an array of basic concepts literally structuring the law, structuring each law, wherever. Think of contract, ownership, and such like. And these structures are “much the same” (Gordley) or “basically the same” (Watson) in various locations. Every comparatist will have discerned the theory of so-called “legal transplants”.

For discussion’s sake, let me concede that there are indeed structures like “contract” and others, and let me further concede that these structures are recognizably present in a wide range of contemporary legal cultures. Now, my concessions that there are these ascertainable structures across laws does not compel me to the further concession that when one is considering a structure as it has established itself, say, in Slovenia and Portugal, one is then dealing in identity or in near-identity. There are, in fact, a number of points of entry into my objection to the argument from “legal transplants”, but I propose to emphasize one pathway only – and to deploy Derrida’s critique in the process.

Let us return to Constantinople, if briefly! The “Roman” conception of “contractus” as it existed in the sixth century was not some free-floating affair. In advance of empirical study, I hold that this “contractus” would very much have been a grounded conceptual entity with all manner of singular features that would have been informed by whatever were the concerns of the jurisconsults of the day – whether these preoccupations pertained to analytics, ideology, or what not. Now, irrespective of the “Roman” understanding of “contractus”, it is inconceivable that that ascertainable structure (I am upholding my concessions!) would have moved by itself from Constantinople to northern Italy or elsewhere. Indeed, for that displacement to have occurred, someone

⁹² DERRIDA, J. *L’Écriture et la différence*. Paris: Editions du Seuil, 1967. p. 409 and 426-28.

⁹³ GORDLEY, J. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 1.

⁹⁴ WATSON, A. *Society and Legal Change*. 2nd edn. Philadelphia: Temple University Press, 2001. p. 110.

would have had to take hold of “contractus” and dislocate it. Concretely speaking, someone would have had to write about “contractus” in northern Italy or teach it there and have advocated for its local relevance, perhaps under another label derived from a local language. And that move to northern Italy would ultimately have been prompted by desire. In other words, the mover would have had his motives, his ambitions – there would have been the mover’s striving informing the move. And then, at some later point in time, the structure would have moved from northern Italy to the south of France on account of someone having undertaken that displacement for his own reasons. That is, someone in the south of France would have written or spoken about northern Italian/“Roman” “contractus” and would have suggested its relevance to the south of France. And then, the structure would have moved from the south of France to Strasbourg, possibly at the behest of a jurist like Du Moulin (1500-66), who would have heralded its virtues for the benefit of local law. And so forth!

My basic point – and Derrida’s – is that, strictly speaking, although the structure is in motion and affixing itself locally in various locales along the merry way, it is never, strictly speaking, duplicating itself. Despite what appearances may suggest, a transformation of the structure will have been taking place every time it will have “landed” somewhere – so that there is, in all rigour, no “transplant” at all – this term very much consisting of a metaphorical fallacy. For example, the transformation may have happened, because in the local language the word for “contractus” carried a different semantic extension than the one it harboured in the language whence it came. It could also be that the concept’s local interpreters – say, judges or doctrinal writers – assigned a different meaning to the term. Be that as it may, there cannot not have been a transformation – or so I contend (in line with Derrida). To draw once more on Bruno Latour, if there is transportation, there must be transformation.⁹⁵ Therefore, one can say that what there is, what takes place each and every time, is repetition with a transformation (which is, in effect, loose language, since if scrupulous expression be upheld, what appears is not a repetition, but an *iteration*, a repetition with a difference). Again, every implementation of the structure carries with it a transformation of the structure. Otherwise said, that transformation, that change, is at once necessary and inevitable.

The claim regarding “necessity” is more philosophical, and it goes back to Leibniz’s Law (*supra*). So, if there is more than one instance of “contractus” – say, the one in Constantinople, the further one in northern Italy, the other one in the south of France, and the additional one in Strasbourg – there is necessarily difference across these various instantiations of the structure. Once more, the differend could have to do with local language, local interpretation, or local anything. The contention about

⁹⁵ *Supra* (note 68).

“inevitability” is more sociological. For the structure to be able to embed itself in a new legal/cultural environment, that is, for the structure to “work” in its new place, it must go “local” in some meaningful way or other. It must adapt to local circumstances. There must be a “fit”. On account of the necessity and inevitability that I mention, no matter how structural a structure happens to be, there must be found within any structure an in-built mechanism allowing for its “reproduction” outside of the framework of identity – permitting its iteration. When Gordley and Watson claim that the law is “much the same” or “basically the same” in different places, they are minimizing somewhat dramatically the local colour that the legal unavoidably assumes – and must inevitably assume.

What I maintain – and this is very much Derrida’s claim – is that a structure, no matter how profoundly structural, must feature some in-built latitude or intrinsic lee-way allowing for its peripatetics and making it possible for it to acquire the local colour that will allow it to “match” locally – that is, to enable its iteration. It is this lee-way that Derrida calls “jeu”. In French, in this specific context, “jeu” means “movement” as in “There is abnormal play in the steering wheel” or “The nail on which you plan to hang your picture is loose. There is too much play there. The nail needs to be solidified”. But Derrida’s deployment of “jeu” is even more subtle for the word also refers to the proper operation of something as in “Because of the oblique axis of the Earth, we get the play of seasons” (“le jeu des saisons”). In sum – and to return to “contractus” – even if there is a structure, it must be the case that the iterative deployment of the structure features lee-way.

Now, Derrida’s English translators, instead of straightforwardly inscribing the word “play” to account for the French “jeu”, used “free play” thereby forsaking the two intimations that Derrida had sought to suggest.⁹⁶ Worse, “free play” evokes a kind of interpretive latitude effectively bordering on anarchy that fuelled the critique of Derrida and of deconstruction as lacking any sense of interpretive restraint and as entrusting interpreters with the legitimacy to do whatever they wanted with the text having come their way. Rightly, Derrida expressly complained about this injustice to himself and to his work.⁹⁷

Another example of the danger attendant upon reliance on published translations must also be of interest to translators. This further illustration involves three texts: Fredric Jameson’s *The Prison-House of Language*,⁹⁸ Erich Heller’s *The Artist’s*

⁹⁶ DERRIDA, J. Structure, Sign, and Play in the Discourse of the Human Sciences. In: MACKSEY, R.; DONATO, E. (eds.). *The Languages of Criticism and the Sciences of Man*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1970. p. 247-48.

⁹⁷ See Derrida (note 35), p. 209.

⁹⁸ JAMESON, F. *The Prison-House of Language*. Princeton: Princeton University Press, 1972.

Journey Into the Interior,⁹⁹ and Nietzsche's *Nachlass*.¹⁰⁰ Having emigrated from the Czech Republic, where he was born in 1911, Heller became a foremost British literary critic with a particular interest in German literature and philosophy. After teaching in England for a number of years, he moved to Chicago and settled at Northwestern University as of 1960 for the last twenty years of his career or so. Heller's essays on Nietzsche earned him much critical acclaim in his life-time and continue to be widely regarded as authoritative. In *The Artist's Journey Into the Interior*, Heller quotes and translates Nietzsche into English as referring to "the prison-house of language".¹⁰¹ Heller's source is the Musarion edition of Nietzsche's complete works, the German text reading "de[r] sprachlich[e] Zwan[g]".¹⁰² Since these words translate straightforwardly as "the linguistic constraint" – the standard English translation, Walter Kaufmann's, has "the constraint of language"¹⁰³ – it is quite unclear why Heller opted for the term "prison-house". It is not that the expression had never been used in philosophy. Indeed, the same year that Heller published his translation, Adorno mentioned "the prison of language" ("Gefängnis der Sprache") in his own work.¹⁰⁴ But while Adorno may have used the carceral metaphor, Nietzsche did not. And when Jameson, a prominent literary critic and philosopher in his own right, attributes the expression "prison-house" to Nietzsche, which he does in the very epigraph to his book, even as Nietzsche himself only ever employed the much looser term "constraint", he is effectively distorting Nietzsche's thought. While "constraint" is not a true translation of "Zwang" ("fetter", "restriction", or "impediment" might also have done justice to the German term), "prison-house" is a false one – an example of "translation-as-violation".¹⁰⁵

And why would such a seasoned writer like Jameson proceed to misstate Nietzsche?¹⁰⁶ The answer appears to be quite simply that Jameson took Heller's

⁹⁹ HELLER, E. **The Artist's Journey Into the Interior**. New York: Random House, 1965.

¹⁰⁰ For the authoritative edition, see NIETZSCHE, F. *Nachgelassene Fragmente*. In: **Digitale Kritische Gesamtausgabe**. G. Colli; M. Montinari; P. D'Iorio (eds.). 2009 [1886-87]. <<http://www.nietzschesource.org/eKGWB/index#eKGWB/NF-1886,5>> 5 [22].

¹⁰¹ Heller (note 99), p. 219. The relevant passage appears in italics. It is from an essay entitled "Wittgenstein and Nietzsche" first published in 1959 as HELLER, E. Ludwig Wittgenstein. **Encounter**, London, n. 72, p. 40-47, 1959. p. 46.

¹⁰² NIETZSCHE, F. **Friedrich Nietzsche Gesammelte Werke**. vol. 19, R. Oehler *et al* (eds.). Basel: Musarion, 1926. p. 34. The phrase is in italics.

¹⁰³ NIETZSCHE, F. **The Will to Power**. W. Kaufmann; R.J. Hollingdale (transl.). New York: Random House, 1968. §522, p. 283. Assembled by Nietzsche's sister immediately after the philosopher's death in 1900, in all likelihood out of self-interest, *The Will to Power (Der Wille zur Macht)* is a collection of reflections liberally lifted from unpublished notebooks. See generally DIETHE, C. **Nietzsche's Sister and the Will to Power**. Champaign: University of Illinois Press, 2003.

¹⁰⁴ ADORNO, T. W. **Metaphysik**. R. Tiedemann (ed.). Frankfurt: Suhrkamp, 1998 [1965]. p. 107.

¹⁰⁵ SPIVAK, G. C. **A Critique of Postcolonial Reason**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 162.

¹⁰⁶ Jameson's inaccuracy misled later writers. Eg: MILLER, J. H. The Critic as Host. In: BLOOM, H. *et al*. **Deconstruction and Criticism**. London: Continuum, 1979. p. 188.

published translation for granted without making the effort to verify the German source-text for himself – a startling omission, a particularly strange oversight as regards one's epigraph.¹⁰⁷ Strictly speaking, I am operating in the realm of interpretation for there is no hard evidence that Jameson drew on Heller. Specifically, the name "Heller" appears neither in Jameson's bibliography nor in his index. But Jameson's epigraph, which consists of thirty-seven words, is identical to Heller's translation, which is itself unique. Given that Heller released his translation but a few years before Jameson published his essay and because of the convergence of intellectual interests between the two writers – not to repeat the fact of Heller's critical renown – no reasonable explanation other than copy-and-paste appears to stand. To be sure, the substantive pertinence of the carceral metaphor remains open to discussion.¹⁰⁸ But my point is that Nietzsche himself did not use it, contrary to what Jameson asserts on account of his lazy reliance on a published translation aptly said to be "quite misleading" and "very loose".¹⁰⁹

These two case-studies show that it can be very risky to take a published translation on trust, even if it should have been released under the auspices of a leading academic press or produced by a leading critic. In the two instances I discuss, the published English translation does not do justice to the source-text: it distorts it. A further example amongst a seemingly endless series of cases that I have encountered over the years emphasizes the seriousness of the issue, underscores how published translations can prove unjust vis-à-vis the source-text, and serves an additional warning to comparatists. Arguably, the following passage, of considerable interest for any theoretical reflection on translation, is one of the most important statements in Hans-Georg Gadamer's *Wahrheit und Methode*, a book ascertainably considered as a foremost twentieth-century philosophical text: "Es genügt zu sagen, daß man *anders* versteht, wenn man überhaupt versteht".¹¹⁰ I suggest that a just English translation might read thus: "It suffices to say that one understands *differently*, when one understands at all". As

¹⁰⁷ For critique, see LOVEKIN, D. **Technique, Discourse, and Consciousness**. Bethlehem: Lehigh University Press, 1991. p. 209; BEHLER, E. Translating Nietzsche in the United States: Critical Observations on *The Complete Works of Friedrich Nietzsche*. In: MUELLER-VOLLMER, K.; IRMSCHER, M. (eds.). **Translating Literatures Translating Cultures**. Palo Alto: Stanford University Press, 1998. p. 142-43.

¹⁰⁸ Eg: APTER, E. The Prison-House of Translation? Carceral Models, Translational Turns. **Diacritics**, Baltimore, v. 47, n. 4, p. 50-79, 2019. p. 56-58.

¹⁰⁹ Behler (note 107), p. 142. It is ironical that on the very same page where Heller daringly coins "prison-house", he chastises a translator of Wittgenstein's for having "use[d] 'language-game' where the German is simply 'Sprache'": Heller (note 99), p. 219.

¹¹⁰ Gadamer (note 50), p. 302. For the significance of Gadamer's thought, see eg WARNKE, G. (ed.). **Inheriting Gadamer**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2016; MALPAS, J.; ZABALA, S. (eds.). **Consequences of Hermeneutics: Fifty Years After Gadamer's Truth and Method**. Evanston: Northwestern University Press, 2010; KRAJEWSKI, B. (ed.). **Gadamer's Repercussions**. Berkeley: University of California Press, 2004; MALPAS, J.; ARNSWALD, U.; KERTSCHER, J. (eds.). **Gadamer's Century**. Cambridge: MIT Press, 2002; HAHN, L. E. (ed.). **The Philosophy of Hans-Georg Gadamer**. Chicago: Open Court, 1996. Out of a plethoric bibliography, I limit this list to noteworthy collections of essays in English.

I see it, Gadamer's German sentence translates into English rather straightforwardly, in fact. Indeed, this exercise calls for one observation only, which concerns the term "überhaupt", a word featuring a wide semantic reach. Here, it appears to me that "überhaupt" means "at all" as in the sentence "Er hat überhaupt keine Ahnung", or "He has no idea at all". Forwardness notwithstanding, the published French translation is unjust vis-à-vis the German original. It reads as follows: "Il suffit de dire que, *dès que l'on comprend, on comprend autrement*".¹¹¹ Leaving to one side the fact that the French translators invert the two relevant passages in Gadamer's sentence and italicize both occurrences of the German verb "verstehen", even as Gadamer does so once only, the French passage somewhat strikingly distorts Gadamer's text. For Gadamer, whether there will ever be understanding remains doubtful. "[W]hen one understands at all", he writes, which means "if ever one manages to understand in the first place", then, he says, but only then, understanding will operate differently (say, from other understandings and from the text being understood). In other words, Gadamer distinguishes between two sets of situations, one habitual and the other exceptional. For him, there are the usual instances, which is when there will be no understanding whatsoever, and there are the less ordinary cases, which is when there will be understanding. And it is specifically the latter occasions that hold Gadamer's interest (which makes sense, since there is not so much to say about configurations where no understanding whatsoever arises). And what are the implications of the understanding that will materialize in the situations where there is to be understanding? For Gadamer, such understanding will, perforce, operate singularly. However, the French text assumes that there will always be understanding along the way, that understanding will always emerge at some point – which is what the preposition "dès" indicates. A literal translation of the published French translation into English might read as follows: "It suffices to say that as soon as one understands, one understands differently". For Gadamer, again, in most occurrences the moment of understanding will not even come to pass. Here, the French translation ignores the German "überhaupt" in a way that is unjust to Gadamer's text. Meanwhile, a just French translation might have rendered "überhaupt" by "si jamais" so as to read: "Il suffit de dire qu'on comprend *autrement, si jamais l'on comprend*".

For its part, the Italian text is likewise problematic, and it also does an injustice to Gadamer's writing in one significant respect – it also distorts Gadamer's work. In Italian, Gadamer's enunciation reads thus: "È sufficiente dire che, *quando in generale si comprende, si comprende diversamente*".¹¹² Now, the Italian formulation "*quando in generale si comprende, si comprende diversamente*" can be transposed into English as

¹¹¹ GADAMER, H.-G. **Vérité et méthode**. P. Fruchon; G. Merlio; J. Grondin (transl.). Paris: Editions du Seuil, 1996. p. 318.

¹¹² GADAMER, H.-G. **Verità e metodo**. G. Vattimo (transl.). Milano: Bompiani, 2019 [2000]. p. 615.

“when one understands in general, one understands differently”. Once more overlooking the inversion, the objectionable terms are obviously the words “in general”, which are nowhere to be found in Gadamer’s text. Here, the German “überhaupt” is misunderstood in a way that is unjust to Gadamer’s text.

It is, I think, relevant to observe that Jean Grondin, one of the three French co-translators, and Gianni Vattimo, the Italian translator, were both Gadamer’s dedicated students and are widely regarded as two of the foremost exponents of philosophical hermeneutics. In other words, neither Grondin and Vattimo’s loyalty to Gadamer’s thought nor their expertise in matters Gadamerian can be reasonably questioned. Nonetheless, it is the published English translation that comes closest to doing justice to Gadamer’s text. Joel Weinsheimer and Donald G Marshall write in these terms: “It is enough to say that we understand in a *different* way, if we understand at all”.¹¹³ Still, Weinsheimer and Marshall problematically introduce the first person plural, twice, while Gadamer had elected to retain the third person impersonal throughout – after his mentor Martin Heidegger, perhaps, who makes conspicuous use of the expression “das Man” in his own work.¹¹⁴ And then, there is the addition of the word “way” in the expression “a *different* way” (the German term would be “Weg”, which is not in Gadamer’s text).

My basic claim is that the francophone, italophone, or anglophone writer who would choose to rely exclusively on the Fruchon/Grondin/Merlio, Vattimo, or Weinsheimer/Marshall translation without investing the time and effort to verify these translations against the source-text would fail to appreciate that for Gadamer the emergence of an understanding is not in the least ordinary (contrary to what the published French text holds); would fail to realize that Gadamer’s focus was not understanding in general (contrary to what the published Italian text suggests); and would fail to acknowledge that Gadamer did not write in the consensual language that the term “we” intimates (contrary to what the published English text indicates).

Let me emphasize my steadfast contention one more time: while evidently convenient, it can be risky to rely on published translations, no matter how authoritative they appear to be – either on account of the publisher’s prestige, of the translator’s eminence, or both. Why would you want the published translation’s inadequacies to become yours?

¹¹³ GADAMER, H.-G. **Truth and Method**. 2nd English edn. J. Weinsheimer; D. Marshall (transl.). New York: Continuum, 2004. p. 296.

¹¹⁴ Eg: DREYFUS, H. L. Interpreting Heidegger on *Das Man*. **Inquiry**, London, v. 38, n. 4, p. 423-430, 1995; ROBINSON, D. **Critical Translation Studies**. London: Routledge, 2017. p. 113-23.

10 Translation must not abide by a method.

I wish to return to method, briefly. “Just as comparison is not a methodology, the idea of translation must not be combined with any form of methodology”.¹¹⁵ Resolutely heed Clive Scott’s introspective guidance, then: “My version of translation is without methodologies and a code of practice”.¹¹⁶ (Scott is a foremost scholar in comparative literature and translation studies.) The governing idea must therefore be that translation, envisaged as a form of comparative interpretation, should not “poin[t] to a method but rather to a scope and a disposition toward knowledge”,¹¹⁷ a strategy that Simone Glanert expressly recommends with specific reference to comparative law broadly understood on the assumption that there simply cannot be anything groove-like about a process of comparison-as-translation-as-interpretation.¹¹⁸ For his part, bringing to bear a philosophical perspective ranging beyond the case of translation, Theodor Adorno, without encouraging an appeal to “the arbitrariness of bare ideas and randomness”, percipiently holds that “where we think in a pithy sense, we really think always-already unmethodically”.¹¹⁹

No more, I think, need usefully be said.

11 Translation must track the source-text as closely as possible even if it should make for disruptive reading in the target-language.

Assume the Portuguese sentence “Eu amo colher pitangas”. I hold that the London-based English translator, eschewing the non-translation “I love to pick pitangas”, should write “I love to pick Brazilian cherries”, thus signalling the foreignness of the source-text through the translating language, since “pitangas”, strictly speaking, are not cherries. And, because “pitangas” are not cherries, this translator should avoid “I love to pick cherries”, that is, he should resist selecting the closest local fruit, the one that will readily speak to an English readership in New York and would make the reader forget that he is reading about a foreign fruit.

¹¹⁵ YENGOYAN, A. On the Issue of Comparison. In: YENGOYAN, A. (ed.). **Modes of Comparison**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2006. p. 15.

¹¹⁶ SCOTT, C. **The Work of Literary Translation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 245.

¹¹⁷ MELAS, N. **All the Difference in the World**. Palo Alto: Stanford University Press, 2007. p. 30.

¹¹⁸ See GLANERT, S. Method? In: MONATERI, P. G. (ed.). **Methods of Comparative Law**. Cheltenham: Elgar, 2012. p. 61-81.

¹¹⁹ ADORNO, T. W. **Vorlesung über Negative Dialektik**. R. Tiedemann (ed.). Frankfurt: Suhrkamp, 2007 [1965]. p. 214 [“die Willkür des bloßen Einfalls und die Zufälligkeit”/“wo wir im prägnanten Sinn denken, denken wir eigentlich immer schon unmethodisch”].

No translation can escape politics, and no translation can eschew ethics. Now, I claim that the politics and the ethics that inform translation must be resolutely other-oriented – or, if you will, they must operate other-wise, that is, they must display wisdom vis-à-vis otherness with a view to doing it optimal justice. Concretely, a politically and ethically sound translation compels the translator to introduce foreignness into the target-language even if this should entail this language's transformation through formulations straining convention inasmuch as they do not read as smoothly as a "standard" text written from within the target-language itself.¹²⁰ It is indeed crucial that the transportation of a text across languages should not prompt the elision or erasure of all foreignness: the foreign text must emphatically not be made into a local text to the point where readers in the target-language actually forget that they are reading a foreign text. Even in the target-language, the foreignness of the text must be admitted rather than camouflaged, which means that the translator's power must exercise itself both strategically and altruistically – *strategicaltruistically*.¹²¹ To allow for the survival of the source-text in a foreign language is thus both a stake and a responsibility. Admittedly, this view very much remains a minority position, certainly in English where there prevails "[t]he dominance of fluency in English-language translation",¹²² "comments hav[ing] grown amazingly consistent in praising fluency while damning deviations from it".¹²³ (To be sure, fluency answers commercial pressure for uncomplicated readability.) Note that the politics and the ethics I address also concern the translator himself who, in foreignizing the text he is writing, does not pretend to be investing it with the kind of original authority that it does not have and that it is not entitled to claim.

Albeit structurally maladjusted, although "all disadjusted",¹²⁴ translations must (try to) be just. Indeed, a translation can only be just – *it can just be just*. Such is the best that it can be. However, as a matter of the recognition and respect that are due

¹²⁰ For Venuti (note 44), p. 19, foreignization is a "fundamentally *ethical* attitud[e] towards a foreign text and culture". An earlier expression of this view is in Walter Benjamin's. In his "Die Aufgabe des Übersetzers" (note 53), p. 61, Benjamin endorses Rudolf Pannwitz, a nineteenth-century German poet and philosopher, saying of Pannwitz's observations on translation in *Die Krisis der europäischen Kultur* (1917), that they "may easily be the best on the theory of translation that has been published in Germany" ["leicht das Beste sein dürften, was in Deutschland zur Theorie der Übersetzung veröffentlicht wurde"]. Benjamin's long quotation of Pannwitz's features the following sentence: "[T]he fundamental error of the translator is that he clings to the random state of his own language instead of letting it be powerfully moved by the foreign language" ["(D)er grundsätzliche Irrtum des Übertragenden ist dass er den zufälligen stand der eignen sprache festhält anstatt sie durch die fremde sprache gewaltig bewegen zu lassen"].

¹²¹ I am not thinking in terms of "the absolute privilege of the original", which Gayatri Spivak does well to challenge: SPIVAK, G. C. Translator's Preface. In: DERRIDA, J. *Of Grammatology*. G. C. Spivak (transl.). Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1997. p. lxxxvi. I deliberately refer to this edition of Spivak's commentary.

¹²² Venuti (note 44), p. 2.

¹²³ *ibid.*

¹²⁴ Derrida (note 77), p. 43 ["toutes désajustées"].

to the other's text (or law-text), translation must strive, through optimal hearkening to otherness, to be just. Indeed, to be just is more important than to be correct or exact. Writing to his long-standing confidante and lover – a translator of Flaubert, of Michel Tournier, of Marguerite Duras, and of many other French authors – Beckett, soliciting a reaction to a draft translation of his, thus astutely observes: “[A]ccuracy obviously secondary consideration”.¹²⁵ The goal, then, is *le mot juste*. In French, the word “juste” seems especially helpful for it conveys at once the ideas of “justness” and “aptness”.¹²⁶

In its quest for the just word-in-translation – or for the just distance from the source-text – a translator must therefore attempt to do justice to the text being translated through a process of incessant negotiation with it. But translative justice is not exclusively “of” the text in the sense at least that the source-text's claim to justice requires to be formulated through a process of interpretation and thus to be conveyed “to” the text by the interpreter as hearkener. Yet, justice must be understood as being strictly a matter of place and time, that is, as being thoroughly immanent or embedded or singular: it is *of that* text, it is being conveyed *by this* interpreter on *this* occasion, *then*. As regards translation, justice is but the application of local interpretive knowledge in timely response to the source-text's interpellation, a process that will itself be validated or invalidated by reference to further interpretive knowledge, either here or elsewhere (think of any situated readership). Let me repeat: a translation cannot be expected – and does not need – to be correct, but it must be just and hopefully find itself accepted as just. One must integrate translation within a theory of justice, no less.¹²⁷

The disruption in the target-language may require an explanation so as to avoid undue disconcertion on the reader's part. I recommend that such additional enlightenment be left to the notes – which, conveniently, should take the form of footnotes rather than endnotes. While perhaps expressing less than full support for Nabokov's stance – “I want translations with copious footnotes, footnotes reaching up like skyscrapers to the top of this or that page so as to leave only the gleam of one textual line between commentary and eternity”¹²⁸ – I do find that glosses are in principle eminently meritorious and helpful. (Incidentally, these annotations need

¹²⁵ Letter from S. Beckett to B. Bray in CRAIG, G. *et al* (eds.). **The Letters of Samuel Beckett**. vol. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2011 [14 November 1959]. p. 255.

¹²⁶ For an argument in favour of just translation, see generally Glanert and Legrand (note 14).

¹²⁷ This is the leitmotiv in Lawrence Venuti's influential scholarship as it draws heavily on Antoine Berman's. See eg Venuti (note 44) and BERMAN, A. **La Traduction et la lettre ou l'auberge du lointain**. Paris: Editions du Seuil 1999 [1985]. For a connection between justice and hospitality with specific reference to translation, see DERRIDA, J. La chance et l'hospitalité. **Trois**, Laval (Québec), v. 14, n. 2-3, p. 71-83, 1999. p. 72 : “Just translation, is that not hospitality itself?” [“La traduction juste, n'est-ce pas l'hospitalité même?”].

¹²⁸ NABOKOV, V. Problems of Translation: “Onegin” in English. **Partisan Review**, New York, v. 22, n. 4, p. 496-512, 1955. p. 522.

not limit themselves to the source-text and its cultural circumstances, but can well extend to the target-language and explain, by way of linguistic introspection so to speak, how it is being revisited with a view to accommodating foreignness.) Let me, then, re-state the matter in slightly different terms. Translation must sanction the foreign's preponderance. Rather than assimilate or appropriate the foreign, instead of taming and integrating the foreign, the translator must concede defeat, allowing his intervention to be simultaneously strong and weak. Even as it is strong because it wrestles, courageously, with the source-language, translation must ultimately accept to subordinate itself to foreignness. It must implement its inescapable weakness vis-à-vis the foreign.

Consider the following illustration showing how the translator's goal must not be to create a thoroughly local text out of the foreign one, but instead to bring the local reader to the foreign text's foreignness – to get this reader to appreciate at all times that although he is reading in “his” language,¹²⁹ what he is reading remains foreign. Choosing my example literally at random (I must have come across hundreds of such illustrations), I refer to *L'Écriture et la différence*, which appeared in 1967 as Derrida's first authored book, a few months before *De la grammatologie*. In a chapter entitled “Freud et la scène de l'écriture”, which had been published in the literary journal *Tel Quel* the year before, Derrida addresses translation in these terms:

“Or un corps verbal ne se laisse pas traduire ou transporter dans une autre langue. Il est cela même que la traduction laisse tomber. Laisser tomber le corps, telle est même l'énergie essentielle de la traduction.”¹³⁰

Released by the University of Chicago Press in 1978, more than ten years after the French publication, the English translation is the work of Alan Bass, a noted philosopher and practicing psychoanalyst. Bass's text runs thus:

“The materiality of a word cannot be translated or carried over into another language. Materiality is precisely that which translation relinquishes. To relinquish materiality: such is the driving force of translation.”¹³¹

¹²⁹ Cf. Derrida (note 55), p. 39: “[A] language does not belong” [(U)ne langue, ça n'appartient pas”].

¹³⁰ Derrida (note 92), p. 312.

¹³¹ DERRIDA, J. **Writing and Difference**. A. Bass (transl.). Chicago: University of Chicago Press, 1978. p. 210.

I suggest five observations in support of the view that Bass's translation is insufficiently sensitive to the need to preserve foreignness in the target-language. To make this point differently, I hold that Bass is unduly concerned with writing in "good" (or conventional) English and insufficiently preoccupied with attending to the abiding Frenchness of Derrida's text (not to mention its characteristic "derridaneity").¹³²

First, Derrida begins his statement with "Or", a conjunction linking the relevant sentence with the previous one – a word that, in this context, could be translated as "Now". Bass ignores this coupling, in effect denying Derrida's "building-block" approach to argumentation and rhetoric.

Secondly, "un corps verbal" becomes "[t]he materiality of a word". Even someone who has minimal French, I suggest, is readily able to appreciate that Bass is moving well away from Derrida. In the sense in which Derrida is using it, the term "verbal" refers to what concerns the word (from the latin "verbum", which means "word"). Derrida's reference is to the chain of graphematic signifiers that constitute the text, the very inscriptions themselves, the marks on the page. Here, Derrida's French is concrete and metaphoric, while Bass's English is more abstract and perhaps more precise. Along the way, not only is Derrida's French vocabulary being redirected, but so is his allegiance to a certain philosophical style. While Derrida's philosophy adheres to a more literary discourse – not unlike, say, Nietzsche's or Heidegger's – Bass's English readily evokes the British/US philosophical tradition and its analytical predilections (think of John Austin or Bertrand Russell).¹³³ Along analogous lines, Derrida's "l'énergie essentielle" becomes "the driving force".

Thirdly, Derrida writes that this "corps verbal" he is discussing "ne se laisse pas traduire ou transporter". Specifically, Derrida is deploying "laisser" as a pronominal verb, which means that he is mobilizing the impersonal reflexive pronoun "se". Derrida's focus is thus squarely on that "corps verbal" and on its refusal to allow itself to be "translate[d] or transport[ed]". If you will, Derrida emphasizes the "corps verbal"'s own unwillingness to be moved across languages – its own intrinsic reticence to displacement. For his part, Bass turns his attention away from the "corps verbal" towards the process of translation. Stressing the process's limits, he holds of the "corps verbal" that it "cannot be translated or carried over". The limitation is no longer inherent to the "corps verbal" itself, to its resistance; instead, it has become processual – a fact having to do with the matter of translation, perhaps with the translator.

¹³² Is it necessary to emphasize that the issue is not at all Bass's competence? For observations on the meticulousness with which Bass acquitted himself of his translatable task, see PEETERS, B. **Derrida**. Paris: Flammarion, 2010. p. 284. For anecdotes expressing the proximity (and therefore the ease of communication) between Bass and Derrida, see *id.*, p. 283-84, 512, 516-17, 524, and 688n3. Bass also translated Derrida's **Marges**. Paris: Editions de Minuit, 1972; **Positions** (note 66); and **La Carte postale**. Paris: Flammarion, 1980.

¹³³ See Venuti (note 44), p. 35-36.

Fourthly, Bass lets go of the chain of French signifiers, that is, he does not reprise French syntax and its placement of adjectives after nouns (as in “un corps verbal” or “l’énergie essentielle”). Presumably, Bass holds that even as the location of adjectives after nouns is standard usage in French, it has become archaic in English. But as he deviates from Derrida’s French syntax (“[t]he materiality of a word”, “the driving force”), Bass is, in effect, anglicizing the text.

Fifthly, Bass withdraws from the French text by refusing to abide by certain words or expressions (“transporter” becomes not “transport”, but “carried over”; “cela même” becomes not “that itself”, but “precisely”; “laisse tomber” becomes not “lets drop”, but “relinquishes”).

I do not seek to deny Bass’s capture of Derrida’s three-fold argument that the chain of graphematic signifiers constituting the foreign text inevitably cannot be reproduced in translation, that the translator therefore renounces this reproduction, and that such abdication is effectively the very gist of translation – in the sense at least that translation is primordially a departure from the sequence of syllables that are inscribed as the foreign text. But I maintain that Bass’s English text ultimately features undue ethnocentrism.¹³⁴ Not only is there an excessive loss of intratextual effects – the singular texture of the source-text is forsaken in a number of important respects – but there is also an exorbitant forfeiture of intertextual effects as many of the singular evocations of the source-language within the source-text are sacrificed.¹³⁵ Even as every translation necessarily generates difference, Bass’s translation produces the kind of difference that fails to do justice to Derrida’s French text. For my part, I would, at this writing, translate Derrida’s sentence as follows (I copy Bass’s translation *en regard* in order to facilitate the identification of the many differences between the two interventions):

[PL] “Now, a body verbal does not let itself be translated or transported into another language. It is that indeed which translation lets drop. To let drop the body, such is even the energy essential to translation”.

[Bass] “The materiality of a word cannot be translated or carried over into another language. Materiality is precisely that which translation relinquishes. To relinquish materiality: such is the driving force of translation”.

¹³⁴ I am minded to quote Derrida in DERRIDA, J. *De la grammatologie*. Paris: Editions de Minuit, 1967. p. 178: “[O]ne will apparently avoid ethnocentrism at the very moment when it will have already operated in depth, silently imposing its ongoing concepts of speech and of writing” [“(O)n évitera en apparence l’ethnocentrisme au moment même où il aura déjà opéré en profondeur, imposant silencieusement ses concepts courants de la parole et de l’écriture”].

¹³⁵ Cf. Venuti (note 44), p. 35.

And here is my translation vis-à-vis Derrida's text:

"Now, a body verbal does not let itself be translated or transported into another language. It is that indeed which translation lets drop. To let drop the body, such is even the energy essential to translation".

"Or un corps verbal ne se laisse pas traduire ou transporter dans une autre langue. Il est cela même que la traduction laisse tomber. Laisser tomber le corps, telle est même l'énergie essentielle de la traduction".

As I translate, I attempt to reprise the foreign text as closely as I can, if at all possible to track it word by word,¹³⁶ without being too concerned with the disruption that I may provoke in my anglophone reader's readerly expectations. (Derrida's French text numbers thirty-seven words, while my English translation has thirty-six.) Again, my abiding concern is to preserve some at least of the foreignness of the source-text in the target-language with a view to doing justice to the source-text's singularity – to ensuring that foreignness features a remainder within the target-text. Once more, this goal must mean that my anglophone reader may find himself discountenanced. I accept that interference. Indeed, I welcome such disturbance. In Venuti's terms, the idea is that "[i]n its effort to do right abroad, [...] translation practice must do wrong at home, deviating enough from native norms to stage an alien reading experience".¹³⁷ Now, the expression "do[ing] wrong at home" requires to be promptly qualified, for "[t]he translator enriches his tongue by allowing the source language to penetrate and modify it".¹³⁸

By way of further illustration of the foreignizing strategy that I defend, I proceed to show two English interventions as regards an influential German treatise in comparative law along with the German source-text. These translations are Tony Weir's

¹³⁶ Cf. DERRIDA, J. **Qu'est-ce qu'une traduction "relevante"?** Paris: L'Herne, 2005. p. 22-23: "So that one legitimately uses the word 'translation' [...], it must be that [...] the translation be *quantitatively* equivalent to the original. [...] [I]t is not about counting the number of signs [...], but counting the *number of words*" ["Pour qu'on se serve légitimement du mot 'traduction' (...), il faut que (...) la traduction soit *quantitativement* équivalente à l'original. (...) (I)l ne s'agit pas de compter le nombre des signes (...), mais de compter le *nombre des mots*"]. See also Derrida (note 39), p. 204: "When the translator [...] can add a note, or else put words between brackets, obviously, what he does is not an operation of translation at that moment; to comment, to analyze, to warn, it is not to translate [...]. [...] [A]s soon as one puts two words or three for one, and that the translation becomes analytical explication, it is no longer a translation in the strict sense" ["Quand le traducteur (...) peut ajouter une note, ou bien mettre des mots entre crochets, évidemment, ce qu'il fait n'est pas une opération de traduction à ce moment-là; commenter, analyser, mettre en garde, ce n'est pas traduire (...). (...) (D)ès que l'on met deux mots ou trois pour un, et que la traduction devient explication analytique, ce n'est plus une traduction au sens strict"].

¹³⁷ Venuti (note 44), p. 15-16.

¹³⁸ Steiner (note 36), p. 67.

and appear as Oxford University Press's "official" or authorized English version. Along the way, I add my own suggestions.¹³⁹

[Weir] "[T]he solutions [comparatists] find in the different jurisdictions must be cut loose from their conceptual context and stripped of their national doctrinal overtones".

[PL] "The solutions of the investigated legal orders are to be freed of all systematic concepts of these legal orders, to be unfastened out of their solely-national dogmatic incrustations".

"Die Lösungen der untersuchten Rechtsordnungen sind von allen systematischen Begriffen dieser Rechtsordnungen zu befreien, aus ihren nur-nationalen dogmatischen Verkrustungen zu lösen".

Another example, also drawn from Zweigert and Kötz's book,¹⁴⁰ reads thus:

[Weir] "[Comparatists] must cut themselves loose from their own doctrinal and juridical preconceptions and liberate themselves from their own cultural context in order to discover 'neutral' concepts with which to describe [...] problems".

[PL] "[T]he comparatist must unfasten himself from his own juridical-dogmatic preconceptions and his own cultural context and must avail himself of 'neutral' concepts".

"[D]er Rechtsvergleicher [muß sich] von seinen eigenen juristisch-dogmatischen Vorverständnissen und seinem eigenen kulturellen Umfeld lösen und sich 'neutraler' Begriffe bedienen muß".

In these two instances, it must be clear that Weir's translations are English-language-oriented, that is, they seek to re-write the German text into elegant English, even if this strategy must mean departing from the German source (which Weir

¹³⁹ ZWIEGERT, K; KÖTZ, H. **Introduction to Comparative Law**. 3rd edn. T. Weir (transl.). Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 44; Zweigert and Kötz (note 17), p. 43. Incidentally, I fundamentally disagree with Zweigert and Kötz's advice, which I would literally turn on its head so that the comparatist approaches legal solutions as the instantiations of a local cultural discourse that they necessarily are.

¹⁴⁰ Zweigert and Kötz (note 139), p. 10; Zweigert and Kötz (note 17), p. 11. Again, I hold diametrically opposite views to Zweigert and Kötz's. The cultural unfastening they advise is neither possible nor desirable. Meanwhile, the conceptual neutrality they seek can only pertain to the realm of fiction, which brings to mind the image of the proverbial red herring.

repeatedly does). Here, the translator's goal, I surmise, is effectively to ensure that an anglophone reader will forget that he is reading a German text. As I explain, I beg to differ, and I argue that the anglophone reader must be reminded at all times, through an "agrammaticality effect" if you will, that he is indeed reading a foreign text.¹⁴¹ To my mind, such is the merit, in the formulations that I devise, of terms like "the investigated legal orders", "of these legal orders", and "juridical-dogmatic". The idea that I am deliberately implementing is very much to generate a friction, to strike a discordant note, to impede the fluency of the target-language so that the discontinuities on display will put the anglophone reader on notice that things are not normal, that it is not reading business as usual, so to speak.¹⁴²

The translator must therefore resist any urge towards embellishment and eschew the siren calls of the "belles infidèles" in order to avoid charges of undue ethnocentrism. In 1648, when Gilles Ménage (1613-92), a famous linguist and literary critic, was asked what he thought of a certain translation, he replied that it reminded him of one of his former mistresses: it was as beautiful as it was infidel. The sobriquet "belle infidèle" stuck, and it continues to designate a practice, often thought to be particularly prevalent in France, whereby, say, the foreign text is Frenchified so that it reads as elegantly in French as if it had originally been written in French. For adherents to the "belles infidèles" strategy, what Haun Saussy styles "a tension between ethics and aesthetics" must be resolved in favour of beauty.¹⁴³ I argue that precisely the opposite is the case. For the sake of the recognition of otherness and in the name of respect for otherness, it is crucial that the translator should avoid any attempt to embellish the translation in the target-language. Despite what a literal appreciation of the French expression might suggest, it is not so much a matter of fidelity as it is a question of justice to the source-text. The three short illustrations that follow reveal some of the pitfalls that must be circumvented.

Consider GEM Anscombe's translation of Wittgenstein's posthumously published *Philosophical Investigations* (*Philosophische Untersuchungen*), which appeared in 1953. In translating §38, Anscombe renders the German "Denn die philosophischen Probleme entstehen, wenn die Sprache *feiert*" not as "For philosophical problems arise

¹⁴¹ BONOLI, L. *Lire les cultures*. Paris: Kimé, 2008. p. 98 ["effet d'agrammaticalité"] (emphasis omitted).

¹⁴² *id.*, p. 58, where Lorenzo Bonoli refers, approvingly, to "a friction that happens within the horizon of a familiar sense but that manifests the existence of something that contrasts with that horizon and that comes to interrupt the comfort ensured by the 'already known'" ["un heurt qui se produit à l'intérieur d'un horizon de sens familier mais qui manifeste l'existence de quelque chose qui entre en contraste avec cet horizon et qui vient interrompre le confort assuré par le 'déjà connu'"] (emphasis omitted). Cf. Bellos and Scheppele (note 67), p. 270: "In general, my preference in translation is to use a word that will make the foreign institution strange, because you *want* people to stop and say, 'What is this? I don't know what this is: [...]' [Y]ou want people to stop and realize that they don't know what they don't know". The words are Scheppele's.

¹⁴³ SAUSSY, H. *Translation as Citation*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 11.

when language *idles*”, but as “[...] when language *goes on holiday*”.¹⁴⁴ Here, Anscombe’s familiar register does violence to the foreign text, her formulation being highly heterogeneous vis-à-vis it. Indeed at §132,¹⁴⁵ Wittgenstein has “Die Verwirrungen, die uns beschäftigen, entstehen gleichsam, wenn die Sprache leerläuft, nicht wenn sie arbeitet”, which he himself agreed to have translated as “The confusions which occupy us arise when language is, as it were, idling, not when it is doing work”.¹⁴⁶

Another example of unacceptable beautification of the foreign text involves a deliberate anachronism, which includes a reference to “Cape Kennedy” in the translation of a passage from Homer’s *Iliad* regarding Achilles’s talking horses and the way they soar in the skies – “as in dreams, or at Cape Kennedy, they rise”.¹⁴⁷ Is there any reasonable way in which this translation can be said to be appropriately responding to a hidden claim of the source-text, or is it not illegitimately imposing itself on the foreign through a locutory gimmick being deployed by an interpreter who would no longer be operating as a hearer, who would not be addressing the text’s *genius loci*? I maintain that such translational anarchism must steadfastly be avoided. (It is false.)

And to return to comparative law, when Zweigert and Kötz write “Unterschiede [sind] in Wahrheit nicht relevant”,¹⁴⁸ a just translation should read “Differences are in truth not relevant”, not “[D]ifferences are really immaterial”.¹⁴⁹ While “in truth not relevant” may not be as elegant as “really immaterial”, the translator, in wanting to bring stylistic improvement to the English version, is not being just to the German original.

In sum, you will do very well to heed Nabokov’s advice : “The clumsiest literal translation is a thousand times more useful than the prettiest paraphrase”¹⁵⁰ – which means, for instance, that the source-text’s repetitious words must not be replaced and its equivocalities not be disambiguated.

How much foreignization is needed, though? To be sure, “the terms ‘domestication’ and ‘foreignization’ do not establish a neat binary opposition”.¹⁵¹ Rather, one must think along the lines of a sliding scale, of a spectrum featuring various

¹⁴⁴ WITTGENSTEIN, L. **Philosophical Investigations**. German-English edn. G. E. M. Anscombe (transl.). Oxford: Blackwell, 1953. p. 19. This translation is retained in WITTGENSTEIN, L. **Philosophical Investigations**. 4th German-English edn. P. M. S. Hacker; J. Schulte (eds.). G. E. M. Anscombe; P. M. S. Hacker; J. Schulte (transl.). Oxford: Wiley-Blackwell, 2009. p. 23.

¹⁴⁵ Wittgenstein/Hacker and Schulte (note 144), p. 56.

¹⁴⁶ See BAKER, G. P.; HACKER, P. M. S. **Wittgenstein: Understanding and Meaning**. vol 1. 2nd edn. P. M. S. Hacker (ed.). Oxford: Wiley-Blackwell, 2009. p. 114.

¹⁴⁷ LOGUE, C. **War Music: An Account of Books 1-4 and 16 to 19 of Homer’s Iliad**. Chicago: University of Chicago Press, 1997. p. 214.

¹⁴⁸ Zweigert and Kötz (note 17), p. 60.

¹⁴⁹ Zweigert and Kötz (note 139) p. 62. Meanwhile, pace Zweigert and Kötz, differences across laws are of the utmost relevance and must emphatically be the primary focus of comparative law.

¹⁵⁰ Nabokov (note 128), p. 496.

¹⁵¹ Venuti (note 44), p. 19.

degrees of transition. Nonetheless, one must accept that ultimately “foreignness kills the foreign”.¹⁵² Indeed, the mobilization of amendments to the target-language that are too idiosyncratic, or perhaps too numerous, can reasonably be expected to entail the translation falling prey to a failure of persuasion – a rejection that would effectively foreclose the readership’s access to the source-text. This outcome can also result from a recourse to loan words, that is, words that are lifted from the source-text and carried as such into the target-language. Illustrations of the two hurdles that I mention are as follows.

Excessive idiosyncrasy

Evidently, “Wörterbuch” (dictionary) must not be translated as “book of words” and “Krankenschwester” (nurse) must not become “the sick’s sister” – two examples readily demonstrating how a surfeit of foreignization becomes counter-productive in terms of intelligibility in the target-language. Now, consider what are arguably two of Heidegger’s most famous sentences: “Die Sprache spricht. Wie ist es mit ihrem Sprechen?”¹⁵³ In order for English to capture the German assonance in the first sentence, if necessarily imperfectly, one would have to translate either as “Language languages” or “Speaking speaks”. Either way, the foreignization would be excessive and run the risk of placing the English text (and, by extension, the author’s philosophical work) beyond the reach of the anglophone reading public. In order to avoid such impasse, Albert Hofstadter wisely translates Heidegger’s text as “Language speaks”, a formulation that, while suitably cryptic and therefore challenging enough from the standpoint of an anglophone reader, avoids the kind of undue foreignizing that would have proven unhelpful.¹⁵⁴ If anything, the second sentence demanded even more restraint on the translator’s part. A literal translation would feature “What is it about her speaking?”, the feminine addressing the fact that in German the word “Sprache” carries this gender. In English, however, the use of “she” would definitely make for undue foreignization. While Hofstadter writes “What about its speaking?”, I suggest that “What is it with its speaking?” would have struck a more foreign-orientated note – that this form of words would have been more just to the foreign text – without sacrificing English intelligibility.

Recourse to loan words

I mentioned Camus’s incipit in *L’Etranger*, and I observed that when Random House commissioned a retranslation in the 1980s, Matthew Ward produced the following:

¹⁵² CASSIN, B. **Eloge de la traduction**. Paris: Fayard, 2016. p. 188 [“l’étrangeté tue l’étranger”].

¹⁵³ Heidegger (note 4), p. 16.

¹⁵⁴ HEIDEGGER, M. Language. In: **Poetry, Language, Thought**. A. Hofstadter (transl.). New York: Harper & Row, 1971 [1959]. p. 191.

"Maman died today" (*supra*). I suggest that Ward's incorporation of the loan word "Maman" illustrates how unsatisfactory this process may prove. Indeed, how further advanced is the anglophone reader who, presumably, is reading the English translation because the French text is presenting him with a difficult linguistic challenge?

12 Recognize that the translator is an inventor.

To assert that the translator is an inventor – that the process of translation is one of invention – may strike you as bold, perhaps excessive. In fact, this is precisely what is the case. Etymologically, the term "invention" straddles the ideas of finding and fashioning (the comparatist comes to the foreign law-text that he finds, there, and then moves to articulate it, to fashion it, by way of his translation). In effect, "the concept of invention distributes its two essential values between the two poles of the constative (to discover or disclose [...]) and the performative (to produce, institute, transform)", there being an "infinitely rapid oscillation" between the two situations.¹⁵⁵ Invention? The comparatist *inventing* translation? Yes. He is finding or discovering foreign law, and he is fashioning or devising it for the purposes of his re-formulation. In effect, his fashioning is indissociable from his finding, since the very act of selection whereby he retains some words in the target-language, while dispensing with others, partakes of the making of the translation that he will inscribe, perhaps in his comparative study. Always, the comparatist must prove himself determined to implement a sophisticated appreciation of textuality and thus purport to *invent* – that is, find-and-fashion – an articulable translation that will be suitably haunted by the foreignness of the source-text through infinitely complex networks of enmeshment.

Translation can never reach so far as to embrace fully the foreignness of the foreign text, and it can never deploy itself so independently from the translator so that he could creditably claim to have eschewed all involvement. Etymologically, "to translate" initially comes from "transfere" ("latus"/"latio" is the past participle of "ferre"). The Latin verb meant "to carry" or "to bring" ("ferre") "across" ("trans"). The main idea is that of

¹⁵⁵ Eg: see Derrida (note 2), p. 23 and 25 ["le concept d'invention distribue ses deux valeurs essentielles entre les deux pôles du constatif (découvrir ou dévoiler [...]) et du performatif (produire, instituer, transformer)"/"oscillation infiniment rapide"]. Derrida is right to claim that "one would no longer say today that Christopher Columbus has invented America [...]. [...] [U]sage or the system of certain modern, relatively modern conventions would prohibit us from speaking of an invention whose object would be an existence as such": *id.*, p. 41 ["on ne dirait plus aujourd'hui que Christophe Colomb a inventé l'Amérique (...). (...) [L]'usage ou le système de certaines conventions modernes, relativement modernes, nous interdiraient de parler d'une invention dont l'objet serait une existence comme telle"]. Yet, in the Roman liturgical rite, there was long celebrated on 3 May the Invention of the Holy Cross (*Inventio Sancta Crucis*), that is, St Helena's *discovery* of the Cross in 326. Having been abolished by Pope John XXIII in 1960, the feast of the *Inventio* remains important for the Church of the East on 13 September. As one applies oneself to repair one's understanding of translation, "one must today reinvent invention": *id.*, p. 37 ["il faut aujourd'hui réinventer l'invention"].

conveyance, but it is also that of indistinction. The focus is indeed squarely on identity. Now, Gianfranco Folena shows the emergence as of 1400 – as of 5 September 1400, in fact – of the term “traducere” to substitute for the word “transfere”. As Folena explains, “traducere” features the ideas of crossing and movement, but also, co-constitutively and inseparably, that of individuality (Folena invites a comparison of “ferre” and “duco”/“dux”), which underlines at once the originality and the personal involvement within an intervention thus becoming less anonymous.¹⁵⁶ And through his motions and elections not only does the translator allow the foreign another life in another language, but he also countenances the foreign investing the target-language and inflecting it with a view to preserving the singularity of what remains an untranslatable idiom. Because translation thus evokes “a braiding together of activity and passivity, agency and patiency, the development of a capacity to be acted upon, even as one acts,”¹⁵⁷ the translator requires, in effect, to learn the “mastery of non-mastery”¹⁵⁸ – to control a process, the taming of the foreign, that ultimately remains out of his control.

It seems apt to return to the idea of difference. Michael Hofmann, a noted poet, literary critic, and translator of German literature into English, writes: “I want, as a translator, to make a difference.”¹⁵⁹ I am inclined to add that it is good that Hoffman should want to make a difference, because he is bound to be doing so. In other words, a translator inevitably makes a difference, since duplication across languages lies beyond anything structurally possible: translation inherently constitutes “a practice producing difference out of incommensurability (rather than equivalence out of difference).”¹⁶⁰ This characteristic, inherent to the process of translation, is arguably the most important *fact* that you must constantly heed as you translate.

Bibliography

ADORNO, T. W. **Metaphysik**. R. Tiedemann (ed.). Frankfurt: Suhrkamp, 1998 [1965].

ADORNO, T. W. **Vorlesung über Negative Dialektik**. R. Tiedemann (ed.). Frankfurt: Suhrkamp, 2007 [1965].

¹⁵⁶ See FOLENA, G. **Volgarizzare e tradurre**. Turin: Einaudi, 1991. p. 67-68, which I closely track. Observe that, according to the electronic version of the *Oxford English Dictionary's* first meaning, “to traduce” is to convert, to alter, to modify; by extension, it is to pervert, to misrepresent (eg: In so many universities, scholarship has been traduced into managerialism).

¹⁵⁷ PAPER BOAT COLLECTIVE. **Archipelagos, A Voyage in Writing**. In: PANDIAN, A.; McLEAN, S. J. (eds.). **Crumpled Paper Boat**. Durham: Duke University Press, 2017. p. 17.

¹⁵⁸ BARTHES, R. **Fragments d'un discours amoureux**. In: **Œuvres complètes**. vol 5. 2nd edn. E. Marty (ed.). Paris: Editions du Seuil, 2002 [1977]. p. 258 [“maîtrise de la non-maîtrise”].

¹⁵⁹ HOFMANN, M. **Where Have You Been?** New York: Farrar, Straus & Giroux, 2014. p. 203. I have mentioned Hofmann's translation of Kafka (*supra*).

¹⁶⁰ MORRIS, M. Foreword. In: SAKAI, N. **Translation and Subjectivity**. University of Minnesota Press, 1997. p. xiii.

APTER, E. The Prison-House of Translation? Carceral Models, Translational Turns. **Diacritics**, Baltimore, v. 47, n. 4, p. 50-79, 2019.

ATTRIDGE, D. **The Singularity of Literature**. London: Routledge, 2004.

BAKER, G. P.; HACKER, P. M. S. **Wittgenstein: Understanding and Meaning**. vol 1. 2nd edn. P. M. S. Hacker (ed.). Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

BANU, G. Aujourd'hui, je traduis du grec. In: MUHLEISEN, L. (ed.). **Antoine Vitez, le devoir de traduire**. 2nd edn. Arles: Actes Sud, 2017.

BARTHES, R. **Fragments d'un discours amoureux**. In: **Œuvres complètes**. vol 5. 2nd edn. E. Marty (ed.). Paris: Editions du Seuil, 2002 [1977].

BEAUVOIR, S. de. **The Second Sex**. C. Borde; S. Malovany-Chevallier (transl.). London: Cape, 2009.

BECKETT, S. **Endgame**. R. McDonald (ed.). London: Faber & Faber, 2009 [1958].

BECKETT, S. **Fin de partie**. Paris: Editions de Minuit, 1957.

BECKETT, S. **Worstward Ho**. In: **Company/III Seen III Said/Worstward Ho/Stirrings Still**. D. Van Hulle (ed.). London: Faber & Faber, 2009 [1983].

BEHLER, E. Translating Nietzsche in the United States: Critical Observations on *The Complete Works of Friedrich Nietzsche*. In: MUELLER-VOLLMER, K.; IRMSCHER, M. (eds.). **Translating Literatures Translating Cultures**. Palo Alto: Stanford University Press, 1998.

BELLOS, D; SCHEPPELE, K. L. Translating Law Across Cultures and Societies: A Conversation with David Bellos and Kim Lane Scheppele. In: MERTZ, E.; MACAULAY, S.; MITCHELL, T. W. (eds.). **The New Legal Realism**. vol. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

BENJAMIN, W. Die Aufgabe des Übersetzers. In: BENJAMIN, W. **Illuminationen – Ausgewählte Schriften**. vol. 1, S. Unsel (ed.). Berlin: Suhrkamp, 1977 [1923].

BENNINGTON, G.; DERRIDA, J. **Jacques Derrida**. Paris: Editions du Seuil, 1991.

BERMAN, A. **La Traduction et la lettre ou l'auberge du lointain**. Paris: Editions du Seuil 1999 [1985].

BIEL, Ł. *et al* (eds.). **Research Methods in Legal Translation and Interpreting**. London: Routledge, 2019.

BLACKBURN, S. **On Truth**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BLANCHOT, M. **L'Amitié**. Paris: Gallimard, 1971.

BLOOM, R. Lost in Translation: What the First Line of "The Stranger" Should Be. **The New Yorker**, "Page-Turner" Blog, 11 May 2012. Available at: <<https://www.newyorker.com/books/page-turner/lost-in-translation-what-the-first-line-of-the-stranger-should-be>> [on file].

BONOLI, L. **Lire les cultures**. Paris: Kimé, 2008.

BORGES, J. L. Sobre el Vathek de William Bedford. In: **Otras inquisiciones**. Madrid: Alianza Editorial, 1997 [1952].

BRIGGS, K. **This Little Art**. London: Fitzcarraldo, 2017.

BULTMANN, R. Das Problem der Hermeneutik. **Zeitschrift für Theologie und Kirche**, Tübingen, vol. 47, p. 47-69, 1950.

CASSIN, B. **Eloge de la traduction**. Paris: Fayard, 2016.

CRAIG, G. *et al* (eds.). **The Letters of Samuel Beckett**. vol. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2011 [14 November 1959].

CRAIG, G. *et al* (eds.). **The Letters of Samuel Beckett**. vol. 3. Cambridge: Cambridge University Press, 2014 [16 February 1957].

CULLER, J. In Defence of Overinterpretation. In: COLLINI, S. (ed.). **Interpretation and Overinterpretation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

DERRIDA, J. **Apprendre à vivre enfin**. J. Birnbaum (ed.). Paris: Galilée, 2005 [2004].

DERRIDA, J. Contresignature (unpublished 2000), 44 pp [on file].

DERRIDA, J. Countersignature. M. Hanrahan (transl.). **Paragraph**, Edinburgh, vol. 27, n. 2, p. 7-42, 2004.

DERRIDA, J. **De la grammatologie**. Paris: Editions de Minuit, 1967.

DERRIDA, J. Du mot à la vie: un dialogue entre Jacques Derrida et Hélène Cixous (interview with A. Armel). **Magazine littéraire**, Paris, April 2004.

DERRIDA, J. Fidélité à plus d'un. **Cahiers Intersignes**, Paris, vol. 13, p. 221-265, 1998.

DERRIDA, J. Introduction. In: HUSSERL, E. **L'Origine de la géométrie (Der Ursprung der Geometrie)** [1954†]. J. Derrida (transl.). Paris: Presses Universitaires de France, 1962.

DERRIDA, J. **L'Écriture et la différence**. Paris: Editions du Seuil, 1967.

DERRIDA, J. **La Bête et le souverain**. vol. 2, M. Lisse; M.-L. Mallet; G. Michaud (eds.). Paris: Galilée, 2010 [2002].

DERRIDA, J. **La Carte postale**. Paris: Flammarion, 1980.

DERRIDA, J. La chance et l'hospitalité. **Trois**, Laval (Québec), v. 14, n. 2-3, p. 71-83, 1999.

DERRIDA, J. **La Voix et le phénomène**. Paris: Presses Universitaires de France, 1967.

DERRIDA, J. **Le Monolinguisme de l'autre**. Paris: Galilée 1996.

DERRIDA, J. **Limited Inc** E. Weber (ed.). Paris: Galilée, 1990.

DERRIDA, J. **Marges**. Paris: Editions de Minuit, 1972.

- DERRIDA, J. **Mémoires**. Paris: Galilée, 1988.
- DERRIDA, J. **Papier Machine**. Paris: Galilée 2001.
- DERRIDA, J. **Positions**. Paris: Editions de Minuit, 1972.
- DERRIDA, J. **Psyché**. vol. 1. 2nd edn. Paris: Galilée, 1998.
- DERRIDA, J. **Qu'est-ce qu'une traduction "relevante"?** Paris: L'Herne, 2005.
- DERRIDA, J. **Spectres de Marx**. Paris: Galilée, 1993.
- DERRIDA, J. Structure, Sign, and Play in the Discourse of the Human Sciences. In: MACKSEY, R.; DONATO, E. (eds.). **The Languages of Criticism and the Sciences of Man**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1970.
- DERRIDA, J. Table ronde sur la traduction. In: LEVESQUE, C.; McDONALD, C.V. (eds.). **L'Oreille de l'autre**. Montréal: VLB Editeur, 1982.
- DERRIDA, J. **Writing and Difference**. A. Bass (transl.). Chicago: University of Chicago Press, 1978.
- DERRIDA, J.; FERRARIS, M. **Le Goût du secret**. A. Bellantone; A. Cohen (eds.). Paris: Hermann, 2018 [1994].
- DESCARTES, R. **Discours de la méthode**. In: Œuvres philosophiques, vol. 1, F. Alquié (ed.). Paris: Garnier, 1997 [1637].
- DIETHE, C. **Nietzsche's Sister and the Will to Power**. Champaign: University of Illinois Press, 2003.
- DREYFUS, H. L. Interpreting Heidegger on *Das Man*. **Inquiry**, London, v. 38, n. 4, p. 423-430, 1995.
- DWORKIN, R. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- ECO, U. **Dire quasi la stessa cosa**. Milano: Bompiani 2003.
- ECO, U. **Experiences of Translation**. A. McEwen (transl.). Toronto: University of Toronto Press, 2001.
- FISH, S. Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law. **Cardozo Law Review**, New York, vol. 29, n. 3, p. 1109-1146, 2008.
- FISH, S. **Is There a Text in This Class?** Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- FLOTOW, L. von. **Translating Women**. Ottawa: University of Ottawa Press, 2011.
- FOLENA, G. **Volgarizzare e tradurre**. Turin: Einaudi, 1991.
- FOUCAULT, M. Nietzsche, Freud, Marx. In: **Dits et écrits**. vol 1, D. Defert; F. Ewald (eds.). Paris: Gallimard, 1994 [1967].
- FRANKENBERG, G. **Comparative Law as Critique**. Cheltenham: Elgar, 2016.
- FRYE, N. **Anatomy of Criticism**. Princeton: Princeton University Press, 1957.

GADAMER, H.-G. Hermeneutik auf der Spur. In: **Gesammelte Werke**. vol. 10. Tübingen: Mohr Siebeck, 1995 [1994].

GADAMER, H.-G. **Truth and Method**. 2nd English edn. J. Weinsheimer; D. Marshall (transl.). New York: Continuum, 2004.

GADAMER, H.-G. **Verità e metodo**. G. Vattimo (transl.). Milano: Bompiani, 2019 [2000].

GADAMER, H.-G. **Vérité et méthode**. P. Fruchon; G. Merlio; J. Grondin (transl.). Paris: Editions du Seuil, 1996.

GADAMER, H.-G. **Wahrheit und Methode**. 5th edn. Mohr Siebeck, 1986.

GASCHÉ, R. **The Tain of the Mirror**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

GESSNER, N. **Die Unzulänglichkeit der Sprache**. Zürich: Juris, 1957.

GLANERT, S. (ed.). **Comparative Law – Engaging Translation**. London: Routledge, 2014.

GLANERT, S. “Aujourd’hui, maman est morte”: traduction littéraire et droit comparé. **Revue droit & littérature**, Paris, n. 4, p. 373-389, 2020.

GLANERT, S. **De la traductibilité du droit**. Paris: Dalloz, 2011.

GLANERT, S. Method? In: MONATERI, P. G. (ed.). **Methods of Comparative Law**. Cheltenham: Elgar, 2012.

GLANERT, S.; LEGRAND, P. Foreign Law in Translation: If Truth Be Told.... In: FREEMAN, M.; SMITH, F. (eds.). **Law and Language**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GOODMAN, N. Seven Strictures on Similarity. In: **Problems and Projects**. Indianapolis: Hackett, 1972.

GORDLEY, J. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Oxford: Oxford University Press, 1991.

HAHN, L. E. (ed.). **The Philosophy of Hans-Georg Gadamer**. Chicago: Open Court, 1996.

HARCOURT, B. E. **Critique and Praxis**. New York: Columbia University Press, 2020.

HARTMAN, G. H. **Saving the Text**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1981.

HEGEL, G. W. F. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt: Suhrkamp, 1986 [1807].

HEGEL, G. W. F. **Wissenschaft der Logik**. Frankfurt: Suhrkamp, 1986 [1832].

HEIDEGGER, M. **Erläuterungen zu Hölderlins Dichtung**. F.-W. von Herrmann (ed.). Frankfurt: Klostermann, 2012 [1971].

HEIDEGGER, M. **Heraklit**. In: **Gesamtausgabe**, vol. 55, M.S. Frings (ed.). Frankfurt: Klostermann, 1979 [1943].

- HEIDEGGER, M. Language. In: **Poetry, Language, Thought**. A. Hofstadter (transl.). New York: Harper & Row, 1971 [1959].
- HEIDEGGER, M. **Sein und Zeit**. Tübingen: Niemeyer, 2001 [1927].
- HEIDEGGER, M. **Unterwegs zur Sprache**. Pfullingen: Neske, 1959.
- HEIDEGGER, M. **Was heisst Denken?** In: **Gesamtausgabe**. vol. 8, P.-L. Coriando (ed.). Frankfurt: Klostermann, 2002 [1954].
- HELLER, E. Ludwig Wittgenstein. **Encounter**, London, n. 72, p. 40-47, 1959.
- HELLER, E. **The Artist's Journey Into the Interior**. New York: Random House, 1965.
- HERMANS, T. **The Conference of the Tongues**. London: Routledge, 2007.
- HIRSCH, E. D. **Validity in Interpretation**. New Haven: Yale University Press, 1967.
- HOFMANN, M. **Where Have You Been?** New York: Farrar, Straus & Giroux, 2014.
- HUMBOLDT, W. von. **Über die Verschiedenheiten des menschlichen Sprachbaues**. In: **Gesammelte Schriften**. vol. 6/1, A. Leitzmann (ed.). Berlin: Behr, 1907 [1829].
- HUMBOLDT, W. von. **Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaues und ihren Einfluß auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts**. In: **Gesammelte Schriften**. vol. 7/1, A. Leitzmann (ed.). Berlin: Behr, 1907 [1836†].
- JAMESON, F. **The Prison-House of Language**. Princeton: Princeton University Press, 1972.
- KAMUF, P. Traduire dans l'urgence. **Magazine littéraire**, Paris, April 2004.
- KISCHEL, U. **Comparative Law**. A. Hammel (transl.). Oxford: Oxford University Press, 2019.
- KISCHEL, U. **Rechtsvergleichung**. Munich: Beck, 2015.
- KRAJEWSKI, B. (ed.). **Gadamer's Repercussions**. Berkeley: University of California Press, 2004.
- LACAN, J. Fonction et champ de la parole et du langage en psychanalyse. In: **Écrits**. Paris: Editions du Seuil, 1966 [1953].
- LATOUR, B. **Aramis ou l'amour des techniques**. Paris: La Découverte, 1992.
- LAW, J. **After Method**. London: Routledge, 2004.
- LEGENBRE, P. **Le Désir politique de Dieu**. Paris: Fayard, 1988.
- LEGRAND, P. Issues in the Translatability of Law. In: BERMANN, S.; WOOD, M. (eds.). **Nation, Language, and the Ethics of Translation**. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- LEGRAND, P. Siting Foreign Law: How Derrida Can Help. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 21, n. 3, p. 595-630, 2011.

- LEIBNIZ, G. W. **Nouveaux essais sur l'entendement**. In: **Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz**. vol. 5, C.I. Gerhardt (ed.). Hildesheim: Olms, 1965 [1764†].
- LOGUE, C. **War Music: An Account of Books 1-4 and 16 to 19 of Homer's Iliad**. Chicago: University of Chicago Press, 1997.
- LOVEKIN, D. **Technique, Discourse, and Consciousness**. Bethlehem: Lehigh University Press, 1991.
- MAITLAND, S. **What Is Cultural Translation?** London: Bloomsbury, 2017.
- MALABOU, C. **L'Avenir de Hegel**. Paris: Vrin, 2000.
- MALABOU, C. **La Plasticité au soir de l'écriture**. Paris: Scheer, 2005.
- MALABOU, C. **Le Change Heidegger**. Paris: Scheer, 2004.
- MALPAS, J.; ARNSWALD, U.; KERTSCHER, J. (eds.). **Gadamer's Century**. Cambridge: MIT Press, 2002.
- MALPAS, J.; ZABALA, S. (eds.). **Consequences of Hermeneutics: Fifty Years After Gadamer's Truth and Method**. Evanston: Northwestern University Press, 2010.
- MELAS, N. **All the Difference in the World**. Palo Alto: Stanford University Press, 2007.
- MESSUD, C. A New "L'Etranger". **The New York Review of Books**, New York, 5 June 2014, p. 6 [on file].
- MILLER, J. H. The Critic as Host. In: BLOOM, H. et al. **Deconstruction and Criticism**. London: Continuum, 1979.
- MORRIS, M. Foreword. In: SAKAI, N. **Translation and Subjectivity**. University of Minnesota Press, 1997.
- NABOKOV, V. Problems of Translation: "Onegin" in English. **Partisan Review**, New York, v. 22, n. 4, p. 496-512, 1955.
- NEALON, J. T. Deconstruction and the Yale School of Literary Theory. In: SCHRIFT, A. D. (ed.). **Poststructuralism and Critical Theory's Second Generation**. London: Routledge, 2014.
- NIETZSCHE, F. **Friedrich Nietzsche Gesammelte Werke**. vol. 19, R. Oehler et al (eds.). Basel: Musarion, 1926.
- NIETZSCHE, F. Nachgelassene Fragmente. In: **Digitale Kritische Gesamtausgabe**. G. Colli; M. Montinari; P. D'Iorio (eds.). 2009 [1886-87]. <<http://www.nietzschesource.org/eKGWB/index#eKGWB/NF-1886,5>>.
- NIETZSCHE, F. **The Will to Power**. W. Kaufmann; R.J. Hollingdale (transl.). New York: Random House, 1968.
- OLSEN, F.; LORZ, A.; STEIN, D. (eds.). **Translation Issues in Language and Law**. London: Palgrave Macmillan, 2009.

- ORTEGA Y GASSET, J. Miseria y esplendor de la traducción. In: **Obras completas**. vol. 5. 2nd edn. Madrid: Alianza Editorial, 1994 [1946].
- PAPER BOAT COLLECTIVE. Archipelagos, A Voyage in Writing. In: PANDIAN, A.; McLEAN, S. J. (eds.). **Crumpled Paper Boat**. Durham: Duke University Press, 2017.
- PEETERS, B. **Derrida**. Paris: Flammarion, 2010.
- PIRANDELLO, L. **Uno, nessuno e centomila**. P. Cudini (ed.). Firenze: Giunti, 1994 [1926].
- POLIZZOTTI, M. **Sympathy for the Traitor**. Cambridge: MIT Press, 2018.
- QUINE, W. V. Indeterminacy of Translation Again. **Journal of Philosophy**, New York, vol. 84, n. 1, p. 5-10, 1987.
- ROBINSON, D. **Critical Translation Studies**. London: Routledge, 2017.
- ROBINSON, D. **The Translator's Turn**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1991.
- ŠARČEVIĆ, S. **New Approach to Legal Translation**. Amsterdam: Kluwer, 1997.
- ŠARČEVIĆ, S. The Quest for Legislative Bilingualism and Multilingualism: Co-drafting in Canada and Switzerland. In: GÉMAR, J-C.; KASIRER, N. (eds.). **Jurilinguistique: entre langues et droits/ Jurilinguistics: Between Law and Language**. Bruxelles: Bruylant, 2005.
- SAUSSY, H. **Translation as Citation**. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- SCOTT, C. **The Work of Literary Translation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- SCOTT, J. R. **Legal Translation Outsourced**. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- SEDARIS, D. **Me Talk Pretty One Day**. Boston: Little, Brown, 2000.
- SHREAD, C. Catherine Malabou's Plasticity in Translation. **TTR: Traduction, terminologie, rédaction**, Montréal, vol. 24, n. 1, p. 125-148, 2011.
- SHREAD, C. The Horror of Translation. **theory@buffalo**, Buffalo, vol. 16, p. 77-95, 2012.
- SHREAD, C. *Une intelligence autre*: Reception Plasticity and the Melancholy of the Translated Author. **Palimpsestes**, Paris, n. 33, p. 92-101, 2019.
- SORIANO-BARABINO, G. **Comparative Law for Legal Translators**. Bern: Lang, 2016.
- SPIVAK, G. C. **A Critique of Postcolonial Reason**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- SPIVAK, G. C. **Readings**. Kolkata: Seagull Books, 2014.
- SPIVAK, G. C. Translator's Preface. In: DERRIDA, J. **Of Grammatology**. G. C. Spivak (transl.). Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1997.
- STEINER, G. **After Babel**. 3rd edn. Oxford: Oxford University Press, 1998.

STEINER, G. Introduction. In: STEINER, G. (ed.). **The Penguin Book of Modern Verse Translation**. London: Penguin, 1966.

STEINER, G. **My Unwritten Books**. New York: New Directions, 2014.

STEINER, G. **No Passion Spent**. New Haven: Yale University Press, 1996.

VENUTI, L. **The Translator's Invisibility**. 3rd edn. London: Routledge, 2018.

VENUTI, L. **Translation Changes Everything**. London: Routledge, 2013.

WARNKE, G. (ed.). **Inheriting Gadamer**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2016.

WATSON, A. **Society and Legal Change**. 2nd edn. Philadelphia: Temple University Press, 2001.

WIMSATT, W. K.; BEARSLEY, M. C. The Intentional Fallacy. **Sewanee Review**, Baltimore, v. 54, n. 3, p. 468-488, 1946.

WITTGENSTEIN, L. **Philosophical Investigations**. 4th German-English edn. P. M. S. Hacker; J. Schulte (eds.). G. E. M. Anscombe; P. M. S. Hacker; J. Schulte (transl.). Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

WITTGENSTEIN, L. **Philosophical Investigations**. German-English edn. G. E. M. Anscombe (transl.). Oxford: Blackwell, 1953.

XIE, M. **Conditions of Comparison**. London: Bloomsbury, 2011.

YENGOYAN, A. On the Issue of Comparison. In: YENGOYAN, A. (ed.). **Modes of Comparison**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2006.

ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. **Einführung in die Rechtsvergleichung**. 3rd edn. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. **Introduction to Comparative Law**. 3rd edn. T. Weir (transl.). Oxford: Oxford University Press, 1998.



La publicidad de los actos jurisdiccionales electorales: entre la ponderación, la argumentación y la prudencia

Publicity of electoral jurisdictional acts: between weighting, argumentation, and prudence

JORGE REYES NEGRETE ^{I,*}

^I Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (Puebla, México)

jornnegrete@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-2140-8868>

CARLOS MANUEL ROSALES GARCÍA ^{II,**}

^{II} Universidad de Chile (Santiago, Chile)

carmaroga@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-2035-9358>

LUIS ALBERTO HERNÁNDEZ MORENO ^{III,***}

^{III} Universidad Panamericana (Ciudad de México, México)

lahm2525@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-5283-7193>

Recibido/Received: 19.08.2020 / August 19th, 2020

Aprobado/Approved: 16.01.2021 / January 16th, 2021

Resumen

Los tribunales electorales tienen un objetivo de pacificación social; pues se trata de salvaguardar la legitimidad de una determinada forma de organización socio-política. En este sentido, su responsabilidad es cumplir con el

Abstract

The electoral courts have an objective of social pacification; as it is about safeguarding the legitimacy of a certain form of socio-political organization. In this sense, its responsibility is to comply with the principle of transparency and

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: REYES NEGRETE, Jorge; ROSALES GARCÍA, Carlos Manuel; HERNÁNDEZ MORENO, Luis Alberto. La publicidad de los actos jurisdiccionales electorales: entre la ponderación, la argumentación y la prudencia. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 655-678, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.75948.

* Maestro en Derecho Constitucional y Amparo en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (Puebla, México). E-mail: jornnegrete@gmail.com.

** Doctorado y Magister en Derecho por la Universidad de Chile (Santiago, Chile). Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado en Estado de Derecho por la Universidad de Heidelberg. carmaroga@gmail.com.

*** Maestro en Derecho procesal constitucional por la Universidad Panamericana (Ciudad de México, México). Licenciado en Derecho por la Universidad del Valle de México. Director de LH Consultores legales. E-mail: lahm2525@hotmail.com.

principio de transparencia y publicidad como forma de rendición de cuentas y vínculo necesario con quienes recurren a sus servicios. Por ello, y dado el interés político que revisten sus actividades, es deseable establecer parámetros mínimos respecto a la forma de comunicación de los juzgadores electorales con la ciudadanía, lo cual involucra, en su análisis, la búsqueda de equilibrio entre: la ética judicial, transparencia, derecho a la información, rendición de cuentas y libertad de expresión. Este equilibrio se logra bajo los presupuestos del discurso, la ponderación y la argumentación; estructuras previas que posibilitan justificar la excepcionalidad de la secrecía judicial como regla general en el proceso de comunicación previa a la existencia de la cosa juzgada. Ante esto, la trilogía presupuestal propuesta utilitaria sirve como herramienta para determinar los límites del juzgador electoral en la comunicación de sus proyectos de sentencia, previo a su discusión colegiada.

Palabras clave: Derecho a la información; derechos políticos; libertad de expresión; ponderación jurisdiccional; jurisdicción electoral.

publicity as a form of accountability and necessary link with those who use its services. For this reason, and given the political interest that their activities, it is desirable to establish minimum parameters regarding the form of communication between electoral judges and citizens, which it involves in their analysis, the search for balance between judicial ethics, transparency, right to information, accountability, and freedom of expression. This balance is achieved under the assumptions of discourse, pondering, and argumentation; previous structures that make it possible to justify the exceptionality of the judicial secretariat as a general rule in the communication process before the existence of a final judgment. Given this, the proposed utilitarian budget trilogy serves as a tool to determine the limits of the electoral judge in the communication of their draft sentences, before their collegiate discussion.

Keywords: Right to information; political rights; freedom of expression; jurisdictional weighting; electoral jurisdiction.

SUMARIO

1. Introducción; **2.** El poder judicial y la jurisdicción electoral; **3.** La publicidad de la actividad jurisdiccional: derecho a la información y libertad de expresión; **4.** Libertad de expresión y lineamientos de conducta de la judicatura electoral; **5.** Conclusiones; **6.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Los tribunales electorales son los responsables de verificar la validez de los comicios y canalizar los conflictos de la política por cauces legales, siguiendo las reglas procesales que dan oportunidad a los inconformes a acceder a la jurisdicción de la materia. Se trata, pues, de reflexionar sobre la compleja tarea de comunicar prudentemente a la ciudadanía las actividades de quien arbitra entre intereses políticos. Es primordial que la función jurisdiccional electoral sea pública y, al mismo tiempo, discreta y profesional.

Su legitimidad deriva de lo correcto de sus sentencias, pero también del adecuado manejo comunicativo de sus decisiones ¿pero qué tipo de comunicación deben utilizar los jueces electorales para brindar información de sus actividades y generar interacción y proximidad con sus destinatarios y con los interesados en la política?

Existen las sesiones en vivo, en que se utilizan los canales institucionales de comunicación que transparentan los debates de los jueces electorales y permiten conocer los argumentos que les llevan a emitir sus sentencias. En las redes sociales se publican gráficamente esos argumentos y se emiten boletines informativos. En algunos casos se pone disposición del público el proyecto de sentencia que será considerado para su votación en la sesión del órgano judicial.

Pero cabe cuestionarse ¿puede o no hacerse pública la información sobre un caso que se está resolviendo? ¿pueden los jueces electorales opinar públicamente sobre un asunto que no es de su órgano judicial? ¿pueden externar su opinión sobre asuntos que se estén tramitando en su sede? ¿deben exponer el sentido y argumentos de sus sentencias en los medios masivos de comunicación? ¿deben, incluso, defenderlas frente a los cuestionamientos de las partes, académicos o periodistas?

En este punto, se involucra uno de los pilares de todo sistema democrático: la libertad de expresión; pero no menos importante es que no es un derecho absoluto, tematizando su gradualidad en función del umbral construido a partir de su posición social en una comunidad política.

Se requiere contrastar el ejercicio de la libertad de expresión de los jueces electorales con la tutela de la secrecía del expediente en trámite, con la ética judicial y el compromiso con la institución por encima de la fama personal, sin descuidar la obligación de transparencia y rendición de cuentas.

Este trabajo tiene por objeto reflexionar en torno a la tensión que existe entre la comunicación jurisdiccional electoral y la secrecía de la judicatura, invitando a la prudencia que equilibre la libertad de expresión para que su accionar no se vea comprometido ni censurado, que se cuide la imagen del poder judicial y no se generen óbices o injerencias para sentenciar imparcialmente.

Para el análisis respectivo, en principio se destaca la relación evolutiva entre el poder judicial y la jurisdicción electoral, advirtiendo que en sus inicios la marginación del primero era clara respecto de los asuntos que pudieran tener vinculación política. Luego, la falta de legitimación de autoridades electas llevó a generar órganos autónomos de organización y calificación electoral y al fenómeno que se le ha denominado “judicialización de la política”.

Enseguida se reafirma la materia sobre la que versa la jurisdicción electoral para destacar su importancia y su notoriedad ante la relación que guarda con la política y los sujetos electorales, como los partidos políticos, los medios de comunicación, los académicos y la ciudadanía, que es el destino primario de su rendición de cuentas.

Se puntualiza después la obligación y necesidad de transparentar o hacer pública la actividad jurisdiccional. Sobre esa base se analiza la necesidad de equilibrar el derecho a la información de la ciudadanía y la libertad de expresión en el ejercicio de esa actividad, ya que el deber de informar conlleva también la reserva y secrecía exigida por la tutela del derecho a la intimidad y de los datos personales y sensibles.

Así, la investigación se perfila a destacar la necesidad de mesura en la comunicación de los juzgadores, en especial respecto de los asuntos que están por decidirse. Luego, más allá de las disposiciones jurídicas y criterios jurisprudenciales al respecto, se observa la influencia de los aspectos éticos de la judicatura que pretenden un actuar discreto y medido de los jueces en el ejercicio de su función y, en especial, respecto

de su relación con los medios de comunicación. De manera destacada se abordan los lineamientos éticos de comunicación para la jurisdicción electoral.

Para mostrar la importancia de los lineamientos éticos aplicables a la judicatura, se hace referencia a diversos casos en los que, en distintos países, las comisiones de ética judicial han sancionado a juzgadores por virtud de sus expresiones públicas.

De esta manera, es menester analizar el derecho a la información, los límites de la publicidad, la rendición de cuentas y las formas en que actualmente se comunican los jueces, con las partes y con los medios masivos de comunicación; por lo que se debe revisar el actual sistema de comunicación del poder judicial en el área electoral y también el de los jueces electorales.

Se trata de garantizar y proteger los principios fundamentales de publicidad y de información de la sociedad, mismos que deben ser balanceados con la libertad de expresión de los jueces, en una combinación que atestigüe una jurisdicción independiente, profesional y pública, y al mismo tiempo, tutele los derechos de los datos personales de los justiciables.

2. EL PODER JUDICIAL Y LA JURISDICCIÓN ELECTORAL

La jurisdicción es entendida como “el conjunto de atribuciones que tiene el Estado, para ejercerlas, por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas a los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia”.¹ Flavio Galván considera que la jurisdicción es: “la función soberana del Estado que tiene por objeto la solución de controversias de intereses de trascendencia jurídica, mediante la aplicación del Derecho al caso concreto controvertido”.² En ese sentido, hablar de jurisdicción electoral, implica hacer referencia a aquella potestad estatal tendiente a regular las reglas del juego político y a su respectiva administración de justicia por conducto de la judicatura.

El nuevo papel de los jueces ha permitido avanzar hacia una juridificación del sistema democrático, sometiendo la política a la lógica de la legalidad (al menos normativamente).³ Además, para que haya una seguridad jurídica eficaz “se necesitan reglas públicas, generales, abstractas, relativamente estables, claras, no contradictorias, entre otros rasgos”.⁴ La actividad jurisdiccional, para administrar justicia, es uno de los fines

¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Teoría general del proceso**. México: Porrúa, 1992, p. 346.

² GALVÁN RIVERA, Flavio. **Derecho Procesal Electoral**. México: Porrúa, 2006, p. 116.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. España: Trotta, 2007, p. 17.

⁴ OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. **Justicia electoral y garantismo jurídico**. México: Porrúa, 2006, p. 239.

supremos del Estado.⁵ “En el Estado de Derecho, la función de juzgar debe estar encomendada a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación en su constitución e independencia esté expresamente desterrada”.⁶

“Un Estado se justifica si protege los derechos y libertades de los gobernados”,⁷ para ello se establece un entramado de leyes e instituciones que, en deseable armonía, cumplan con esos objetivos. La finalidad, pues, de instaurar un sistema de administración de justicia, se materializa en un sistema democrático a través del establecimiento de procedimientos jurisdiccionales para la resolución de conflictos, así como de tribunales independientes, sujetos a la normatividad, que resuelvan imparcialmente a favor de alguna de las partes, y a su vez, determinen las sanciones correspondientes derivadas del incumplimiento de la ley.⁸

En este sentido, se sabe que inicialmente la judicatura no aceptó extenderse a la materia electoral por considerar que la política seguía sus propias normas y no era deseable un acercamiento entre los jueces y esas reglas o con sus creadores y ejecutores. Sin embargo, la necesidad de subsumir lo político a lo jurídico, impulsó una serie de procesos de mutación constitucional en distintos países, sobre todo latinoamericanos, al grado de instaurar tribunales electorales, cuya encomienda fuera judicializar lo político.

Así, observamos transformaciones sustanciales en la jurisdicción electoral que pasaron desde inhibirse de tutelar asuntos políticos hasta conocer como última instancia de ellos. Hoy, a lo largo del globo occidental, se tiene una jurisdicción electoral cuya competencia, además de la calificación de los procesos electorales, en cada uno de sus momentos, se extiende a temas tan diversos como la restricción salarial a funcionarios públicos electos, el presupuesto de los institutos y tribunales electorales locales, la autonomía política y presupuestaria de comunidades indígenas, etcétera. Es claro que el componente político ha generado una especialización singular, la que pretende tutelar a la democracia (la formal, cuando menos). Así de sencillo y así de complejo.

La manifestación más concreta de la justicia en todo sistema social es la correcta aplicación de las leyes y la posibilidad de proteger su respeto a través de instancias que permitan resolver las controversias, conflictos y diferencias que se susciten entre las partes.⁹ La rama judicial electoral “tiene generalmente un amplio significado, que comprende todo lo relacionado con la actividad contenciosa referente a los derechos y

⁵ PINA, Rafael y CASTILLO, José. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. México: Porrúa, 1990, p. 59-60; 101-103.

⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **El sistema constitucional español**. Madrid: Dykinson, 1992, p. 761.

⁷ NIETO, Santiago. **Interpretación y argumentación en materia jurídica**. México: UNAM, 2003, p. 134.

⁸ PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis. **Derecho Político Electoral**. México: Porrúa, 1997, p. 7.

⁹ ANDRADE MARTÍNEZ, Virgilio. Balance y perspectivas de la justicia electoral en México: In: **Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México**. México: TEPJF, 2002, p. 601.

a los procesos electorales”.¹⁰ La justicia electoral existe como instrumento para canalizar institucional y civilizadamente esa conflictividad político-electoral y como garantía de que los procesos electorales tengan esas características, de suerte que ofrezcan credibilidad y confianza suficientes a la ciudadanía.¹¹ “[La justicia electoral] pone énfasis en la necesidad de que haya un orden público básico, con el propósito de que la actividad comicial y todo lo que de ella deriva, pueda llevarse a cabo sin obstáculos”.¹²

La administración de justicia electoral se compone de los diversos medios de impugnación, control de los actos, normas y procedimientos electorales. Dichos medios están diseñados para garantizar la regularidad de las elecciones y que las mismas se ajusten a los principios de constitucionalidad y legalidad. Mediante la aplicación de la justicia electoral se resuelven los conflictos electorales y se corrigen eventuales infracciones a la normatividad correspondiente.¹³ “[La justicia electoral] sirve para garantizar elecciones libres, justas, transparentes pluralistas y apegadas a la ley, que traduzcan adecuadamente la voluntad expresada en las urnas”.¹⁴

Una preliminar clasificación de los sistemas de justicia electoral, puede sintetizarse así: I. el sistema tradicional o clásico, que se traduce en un contencioso predominantemente político; II. el sistema que se puede calificar de austriaco, que se caracteriza por un contencioso de jurisdicción constitucional, es aquel que transfiere a un tribunal constitucional la decisión última de los medios de impugnación electoral; III. el sistema que se puede denominar inglés, como aquel que confiere a los jueces ordinarios, pertenecientes al respectivo poder judicial, la atribución de resolver en única instancia, o bien, en combinación con algunos otros medios de impugnación previos; y IV. el sistema que se puede considerar Latinoamericano, que se caracteriza por el establecimiento de tribunales (cortes, juntas, jurados o consejos) electorales especializados, encargados de la resolución de las controversias sobre los resultados electorales, cuya naturaleza es jurisdiccional y/o administrativa y, en ocasiones, se combina con otros tipos de medios de impugnación previos o posteriores, pudiéndose considerar como una de las aportaciones más significativas de la región a la ciencia política y al derecho electoral, al haberse constituido en un factor importante para los recientes procesos de redemocratización y consolidación democrática en América Latina, así como la vigencia del

¹⁰ DE LA PEZA, José Luis. Notas sobre la justicia electoral en México. In: MELGAR ADALID, Mario. **Justicia Electoral**. México: UNAM, 1996, p. 828; 827-862

¹¹ SOBRADO GONZÁLEZ, Luis. Tendencias de la justicia electoral latinoamericana. **Revista de la Universidad de Costa Rica**, Costa Rica, n. 109, p. 155-183, ene./abr. 2006. p. 160.

¹² FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José Florencio. **Valores y principios de la justicia electoral**. México: TEPJF, 2002, p.19-20.

¹³ RAIGOSA, Luis. Justicia Electoral. **Revista Bien común y gobierno**, México, año 5, n. 59, 1999.

¹⁴ SOBRADO GONZÁLEZ, Luis. Tendencias de la justicia electoral latinoamericana. **Revista de la Universidad de Costa Rica**, Costa Rica, n. 109, p. 155-183, ene./abr. 2006. p. 170.

estado de Derecho y a la consiguiente resolución de los conflictos electorales por vías institucionales.¹⁵

En materia electoral, son muy variados los bienes a tutelar. En general, se trata de garantizar el derecho de participación política de la ciudadanía, pero esa expresión se ha desplegado con amplitud. Abarca garantizar que las personas puedan elegir a sus autoridades y postularse para ocupar los cargos públicos, ya sea por medio de los partidos políticos o de manera independiente. Regular a los partidos políticos en muy diversas aristas: en cuanto a su financiamiento -público y privado-, sus egresos, su jurisdicción interna, su normativa, los derechos de su militancia incluyendo participar en la elección de sus dirigencias y postularse para ocuparlas, su participación en los procesos electorales, sus precampañas y campañas, su propaganda, sus derechos para vigilar a las autoridades electorales, su desvinculación con los entes de gobierno, garantizar que se permita el ejercicio del cargo, los procesos electivos por sistemas normativos indígenas, el voto de los residentes en el extranjero y, por supuesto, la calificación de las elecciones.

El sistema de justicia electoral es el respaldo indispensable para que el derecho electoral se convierta en cauce abierto y objetivo, con apego al cual se desarrollen los procesos electorales,¹⁶ cuya finalidad es “la protección auténtica o tutela eficaz del derecho a elegir o ser elegido para desempeñar un cargo público, mediante un conjunto de garantías a los participantes (partidos políticos y, en su caso, ciudadanos y candidatos) a efecto de impedir que pueda violarse, en su perjuicio, la legalidad, certeza, objetividad, imparcialidad, autenticidad, transparencia y, en general, justicia de los actos y procedimientos electorales”.¹⁷

La importancia de contar con instituciones jurisdiccionales independientes en un sistema democrático es fundamental para el desarrollo económico, político y social de todo país. Estos órganos públicos serán los responsables de proteger los derechos de la población y garantizar el estado de Derecho.¹⁸ No es un secreto que frente al control estatal de la organización de las elecciones y la prevalencia de un solo partido político se volvió necesario ciudadanizar la primera y procurar la pluralidad política. Para ello también fue necesario instaurar una autoridad que calificara el buen y normal desarrollo de las elecciones y, en consecuencia, validara la legitimidad de éstas a través

¹⁵ OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado. In: OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús (Coord.). **Sistemas de Justicia Electoral**. México: IFE, México, 1999. p. 46-47.

¹⁶ OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado. In: OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús (Coord.). **Sistemas de Justicia Electoral**. México: IFE, México, 1999. p. 56.

¹⁷ OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. **Justicia electoral y garantismo jurídico**. México: Porrúa, 2006, p. 239.

¹⁸ GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary**. Great Britain: Frank Cass, 2004, p. 1; 46.

de la evaluación de su apego a las normas, las que también tuvieron que evolucionar. Así, se configuró la administración de justicia o contencioso electoral.

Salvador Dana define al sistema contencioso-electoral como:

*El conocimiento y decisión de toda cuestión relativa al ejercicio de la franquicia electoral; la discusión de todo acto que tienda o estorbe a hacer efectivo el goce de esta atribución, y finalmente, a computar la voluntad, real y libre, del elector a favor de un candidato determinado, cuyo título mismo puede ser resultado de la actividad jurisdiccional desplegada por los órganos encargados de su ejercicio.*¹⁹

Para Georges Vedel, el sistema contencioso electoral es el: “conjunto de recursos jurídicos y de procedimientos respecto de actos impugnables resultado del ejercicio del sufragio o del proceso electoral”.²⁰

Francisco De Andrea define al sistema contencioso electoral como:

*La acción de juzgar y calificar las elecciones tiene naturaleza jurisdiccional y, en consecuencia, el despliegue de tales atribuciones corresponde a un órgano jurisdiccional. Además, se garantiza la validez de las elecciones, al evitar que los integrantes del órgano involucrado en el proceso electoral se conviertan en juez y parte al realizar la calificación de las elecciones en las que contendieron.*²¹

De esta manera, el contencioso electoral tiene por objeto conocer y resolver las contiendas suscitadas por el proceso electoral. Comprende todas las operaciones relativas a la manera de proceder en las elecciones, con el objeto de asegurar la libertad electoral (secreto del sufragio, etc.), así como la pureza y la verdad del resultado de la elección: convocatoria a elecciones, emisión del voto, escrutinio, etc.²²

Para Maurice Duverger hay dos sistemas posibles: “o bien el contencioso electoral que está confiado a un Tribunal, o bien está confiado a la misma Asamblea que surge de la elección”.²³ Sin embargo, el control y calificación de las elecciones por los mismos integrantes del Parlamento deja muchos espacios para la negociación, la oportunidad y la parcialidad de sus resoluciones. Este instrumento se ha denominado sistema contencioso electoral político -autocalificación-, porque los representantes recién electos son los responsables de resolver los conflictos e impugnaciones nacidos de las elecciones.

¹⁹ DANA MONTAÑO, Salvador. Lo contencioso-electoral: su contenido y naturaleza. **Revista de ciencias jurídicas y sociales**, Argentina, año X, n. 3, 1945, p. 81.

²⁰ VEDEL, Georges. **Manual Elementaire de Droit Constitutionnel**. Paris: Recueil de Sirey, 1949, p. 161.

²¹ DE ANDREA SÁNCHEZ, Francisco. **La renovación política y el sistema electoral mexicano**. México: Porrúa, 1987, p. 244.

²² DANA MONTAÑO, Salvador. Lo contencioso-electoral: su contenido y naturaleza. **Revista de ciencias jurídicas y sociales**, Argentina, año X, n. 3, 1945, p. 80.

²³ DUVERGER, Maurice. **Instituciones políticas**. Barcelona: Ariel, 1970, p. 155.

En particular, el sistema contencioso electoral político fue un lastre en Latinoamérica, por la politización de sus decisiones y los motivos que las fundaban, porque argumentaban con base en todo, menos en imparcialidad y legalidad. Por lo mismo, ahora cualquier forma de administración de justicia supone el acceso a un juez imparcial, que pueda resolver los conflictos con objetividad y sentido de equidad, resultando obvio que las representaciones partidistas desnaturalizan esa condición.²⁴

En América Latina, durante un largo periodo, el contencioso electoral administrativo quedó al resguardo y opinión del titular del poder Ejecutivo; por lo que tampoco era posible conseguir una imparcial administración de justicia electoral.²⁵ La predeterminación de la naturaleza de la materia electoral tiene que ser objeto de una reglamentación especial, porque ella depende del órgano responsable de aplicarla. Por lo que la naturaleza de lo contencioso-electoral determina la jurisdiccionalidad del procedimiento y la judicialidad del órgano.²⁶

El establecimiento de cada sistema de control electoral depende de su contexto. Tal como lo explica Enrique Sánchez Bringas:

De acuerdo con la evolución histórica de los procesos electorales, la teoría política y también la constitucionalidad, se han delimitado dos tendencias: aquella en la que las responsabilidades del contencioso electoral las asume un órgano jurisdiccional y, en la otra posición, las mismas responsabilidades se confían a la propia asamblea que es consecuencia de la elección. Ambos sistemas contienen atributos y deficiencias que gradualmente se incrementan o reducen conforme a la realidad histórica y la capacidad política de cada pueblo...²⁷

Salvador Dana clasifica en tres los posibles sistemas de lo contencioso electoral:

1) el de los países cuyas constituciones reservan expresa y exclusivamente a los órganos legislativos el conocimiento y decisión de todas cuestiones promovidas por el ejercicio del derecho electoral; 2) el de aquéllos que, por la Constitución o sus leyes electorales, atribuyen el conocimiento y decisión de esta clase de asuntos a un tribunal especial, de distinta composición; y 3) el de los países cuyas constituciones o leyes electorales

²⁴ SOBRADO GONZÁLEZ, Luis. Tendencias de la justicia electoral latinoamericana. **Revista de la Universidad de Costa Rica**, Costa Rica, n. 109, p. 155-183, ene./abr. 2006. p. 160.

²⁵ CARPIZO, Jorge. **El presidencialismo mexicano**. México: Siglo XXI, 1987, p.77.

²⁶ DANA MONTAÑO, Salvador. Lo contencioso-electoral: su contenido y naturaleza. **Revista de ciencias jurídicas y sociales**, Argentina, año X, n. 3, 1945, p. 80.

²⁷ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. **La renovación política y el sistema electoral mexicano**. México: Porrúa, 1987, p. 244.

reparten esta competencia entre el Parlamento o la Cámara respectiva y otro órganos judiciales o mixtos.²⁸

Así, se puede concluir que el contencioso electoral consiste:

...en los procedimientos que se deben realizar para mantener la transparencia de las elecciones y la pureza del orden jurídico, evitando por todos los medios las patologías electorales. Por lo que puede decirse que el contencioso electoral es el sistema de medios de impugnación que, previsto en la Constitución y desarrollado por la ley, tiene como fin garantizar que los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente a los principios de constitucionalidad y de legalidad.²⁹

Como se puede observar, el contencioso electoral es tan importante como la misma jornada electoral. Tan importante para la democracia es la garantía de la emisión libre del voto, como la posibilidad de solicitar la nulidad de los actos que conllevan a la elección y los resultados de la misma.³⁰ Esto ejerce una influencia directa en la definición legal de las decisiones ciudadanas vinculadas con el ejercicio de los derechos de participación política.

Con tal visibilidad, es oportuno reflexionar cómo debe darse la comunicación de la justicia electoral para favorecer la cercanía y vinculación informativa entre quien juzga y la ciudadanía, pero también su necesaria lejanía de quienes pretendan influenciar el sentido de sus decisiones. Entonces ¿qué principios deben regir la comunicación de la justicia electoral? ¿cuáles son los derechos y obligaciones de los juzgadores electorales en esa comunicación? ¿cómo puede equilibrarse la libertad de expresión del juzgador, el principio de publicidad, el derecho a la información y los derechos de privacidad de las partes en juicio?

3. LA PUBLICIDAD DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL: DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El significado que reconoce la Real Academia de la Lengua sobre la publicidad es como: cualidad o estado de público; conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos. En este sentido debe reconocerse

²⁸ DANA MONTAÑO, Salvador. Lo contencioso-electoral: su contenido y naturaleza. **Revista de ciencias jurídicas y sociales**, Argentina, año X, n. 3, 1945, p. 79-80.

²⁹ GARCÍA LAGUARDIA, Jorge. Sistemas de justicia electoral en Centroamérica: In: OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús (Coord.). **Sistemas de Justicia Electoral**. México: IFE, México, 1999, p. 175.

³⁰ BRAVO GARCÍA, Ramiro. Las innovaciones al sistema de lo contencioso electoral. **Revista Teoría y praxis administrativa**, México, vol. 3, n. 3, 1987, p. 117.

que los intereses de la sociedad pertenecen al espacio público, y por tanto ciertos temas son de interés general, como las libertades, la seguridad y la opinión pública.³¹

Sobre este tema, Ernesto Garzón Valdés opina que la publicidad es un principio normativo [que] puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político: cuando está presente se habla de razón de derecho, cuando está ausente, de razón de Estado. Se debe señalar que todos los actos del Estado son públicos, por el destino de todas sus decisiones: "Si se trata de actos realizados exclusivamente como consecuencia de la existencia y funciones del Estado o que tengan como causa inmediata la satisfacción de un determinado interés colectivo, dichos actos son públicos".³² La doctrina señala que existen dos tipos de publicidad: "1. la que la relaciona con el Estado (es público todo aquello que directa o indirectamente es del Estado, es decir, la publicidad en sentido orgánico) y 2. Aquí, lo público, como la razón última de la naturaleza pública del acto y de la actividad del Estado es la de satisfacer los intereses colectivos del pueblo."³³

Dada su trascendencia política, social y jurídica, es indudable la obligación de exponer y hacer público el trabajo producido por la magistratura electoral. Es un acto legitimador ante la sociedad que lo sujeta a la crítica y a la responsabilidad de sus actuaciones. Pero la publicidad de ese trabajo debe tener sus excepciones. La prudencia es el principio que debe limitarla. La prudencia, la responsabilidad, la ética y, en su caso, la normativa, exige cautela en la selección de la información que puede revelarse.

Con esa base, escapa de la publicidad la información del caso que se dirime o de los datos de las partes del litigio. Solo de esta forma se protege también la privacidad del asunto -en tanto se resuelve- y se protege al juzgador de la influencia de los interesados en su decisión. No es sencillo definir qué información en poder de los jueces podría o debería hacerse pública. Implica pretender el equilibrio entre su libertad de expresión (no personal sino la propia de su función) y el interés público, traducido en el derecho a la información de quienes se sujetan a sus decisiones y de la sociedad en general, especialmente tratándose de los asuntos en los que el factor político exige mayor transparencia y al mismo tiempo mayor distancia de sus posibles influencias.

Para paliar esa dificultad, se recurre a los criterios que los órganos jurisdiccionales han empleado. En ese sentido, la Suprema Corte mexicana ha establecido que:³⁴

La libertad de expresión y el derecho a la información son derechos funcionalmente centrales en un estado constitucional y tienen una doble faceta: por un lado, aseguran a las

³¹ CABO DE LA VEGA, Antonio. **Lo público como supuesto constitucional**. México: UNAM, 1997, p. 67.

³² CARPIZO, Jorge. **Concepto de democracia**. México: UNAM, 2006, p.107.

³³ CABO DE LA VEGA, Antonio. **Lo público como supuesto constitucional**. México: UNAM, 1997, p. 159-161.

³⁴ MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **TESIS: Libertad de expresión y derecho a la información. Su importancia en una democracia constitucional**. Tesis: 1a. CCXV/2009. Novena época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, diciembre de 2009. p. 287.

personas espacios esenciales para el despliegue de su autonomía y, por otro, gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas básicas para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. Como señaló la Corte Interamericana en el caso Herrera Ulloa, se trata de libertades que tienen tanto una dimensión individual como una dimensión social, y exigen no sólo que los individuos no vean impedida la posibilidad de manifestarse libremente, sino también que se respete su derecho como miembros de un colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Así, tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas es imprescindible no solamente como instancia esencial de autoexpresión y desarrollo individual, sino como condición para ejercer plenamente otros derechos fundamentales—el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho de petición o el derecho a votar y ser votado— y como elemento determinante de la calidad de la vida democrática en un país, pues si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente ideas y hechos, será imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, capaces de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático. Por consiguiente, cuando un tribunal decide un caso de libertad de expresión, imprenta o información no sólo afecta las pretensiones de las partes en un litigio concreto, sino también el grado al que en un país quedará asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto, condiciones todas ellas indispensables para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa.

Se puede observar que la libertad de expresión y el derecho a la información son pilares en un sistema democrático. Esto lo confirma Laurence Whitehead cuando apunta que los ciudadanos tienen el derecho de expresarse sin peligro de castigo severo, sobre asuntos políticos ampliamente definidos, así como que también tienen el derecho de buscar fuentes alternativas de información;³⁵ encuadrando estas ideas como parte de los elementos que caracterizan a una democracia.³⁶

La información responde a la necesidad del ser humano de expresarse y de querer saber lo que los demás han expresado; responde a un requerimiento que en determinado momento se vuelve un derecho fundamental. Como personas de libertad, se debe tener el derecho de expresarse, de informar y de ser informados, y tal escenario deberá estar garantizado por el Estado y definido por la sociedad, la cual es definitiva

³⁵ WHITEHEAD, Laurence. **Democratization**. Great Britain: Oxford, 2003, p. 10-11.

³⁶ ÁGUILA, Rafael, **Manual de ciencia política**. Madrid: Trotta, 2000, p. 156.

en el proceso de generación y aprovechamiento de la información; la sociedad es la que le asigna el valor y función a la información.³⁷

En general, se puede mencionar que la información libre es una de las condiciones de la sociedad en libertad y constituye un elemento de una sociedad democrática. La información pública es un catalizador de la participación social, quien tiene más y mejor información goza de mayores posibilidades de participar e incidir en la toma de decisiones concernientes a lo público. De esta manera, el ejercicio de las libertades se vincula con el ejercicio de la comunicación de los ciudadanos con el poder, porque eso es el acceso a la información, un acceso que implica que los ciudadanos se interesan por el quehacer gubernamental, que establecen una línea de comunicación con el gobierno y que no sólo le exigen.³⁸ El derecho a contar con información es fundamental para conocer la actuación de los funcionarios públicos y el destino del erario.

Se está, entonces, ante un derecho público subjetivo de interés social, que desde la Declaración Universal de Derechos Humanos implica el ejercicio de tres facultades distintas pero interrelacionadas, a saber: recibir, investigar y difundir informaciones.³⁹ La información pública se ha establecido como un bien público que sirve para el control de los asuntos públicos y de gobierno, debiendo el Estado y sus diversos órganos garantizar efectivamente e impedir que ella sea obstaculizada. Así, la libertad de información protege a la democracia frente a las tentaciones autocráticas y las acciones tendientes a evitar la opinión ciudadana, generando frenos y contrapesos frente al ejercicio del poder.⁴⁰

El acceso a la información es un derecho de enorme valor, que sin duda impulsa a la construcción de sociedades más justas, equitativas y corresponsables en la gestión de los asuntos públicos, coadyuvando al fortalecimiento del patrimonio social y a la vida democrática en el país. Para el Tribunal Constitucional mexicano, el derecho a la información tiene una doble dimensión, por un lado, la individual, correspondiente al ejercicio pleno de la libertad subjetiva y, por otro, la colectiva, cuyos alcances tienden a la construcción democrática del país.⁴¹

³⁷ QUEZADA, Bianca Paola. **Derecho de Acceso a la Información Pública en los Estados**. México: Universidad Iberoamericana, 2001, p. 28.

³⁸ PESCHARD MARISCAL, Jacqueline. **A 10 años del derecho de acceso a la transparencia**. México: INAI, 2015, p. 118-119.

³⁹ MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **TESIS: Derecho a la información. dimensión individual y dimensión colectiva**. Tesis: 2a. LXXXIV/2016. Décima Época. Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I. p. 839.

⁴⁰ PESCHARD MARISCAL, Jacqueline. **A 10 años del derecho de acceso a la transparencia**. México: INAI, 2015, p. 157.

⁴¹ MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **TESIS: Derecho a la información. dimensión individual y dimensión colectiva**. Tesis: 2a. LXXXIV/2016. Décima Época. Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I. p. 838.

Lo que se debe dilucidar, es ¿qué tanta libertad y qué temas puede discutir y hacer públicos un juez? Pues, aunque sigue siendo un ciudadano de la república, no menos cierto es que su investidura no le permite ejercer, en el mismo grado, estos derechos.

En el caso de la jurisdicción electoral, hay espacios en que la publicidad no es aplicable, por ejemplo, los asuntos que se encuentran resolviéndose, y en el acceso restringido al expediente sólo a las partes, aunque se trate de un tema de interés público. La privacidad de toda causa judicial debe ser tutelada por el juzgador, garantizando la secrecía de las actuaciones, o que se difunda algún tipo de información mientras esté *sub iudice*. Esto con dos objetivos: primero, que no haya injerencias en su labor y, así, evitar que la opinión de terceros se convierta relevante para su fallo. En segundo lugar, que los datos contenidos en autos se protejan y continúen siendo privados mientras formen parte de las constancias de un expediente.

En efecto existe un choque de derechos y obligaciones entre el derecho a la libre expresión, el carácter público de la información y la privacidad como un derecho, que también están obligados a tutelar las autoridades.

En este sentido, es menester apuntar que el derecho de acceso a la información puede limitarse en virtud del interés público y de la vida privada y los datos personales; puntualizando que hay dos criterios bajo los cuales la información podrá clasificarse y, con ello, limitar el acceso de los particulares a la misma: el de información confidencial -datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización- y el de información reservada.

Así pues, existe un derecho de acceso a la información pública que rige como regla general, aunque limitado, en forma también genérica, por el derecho a la protección de datos personales, al de información reservada y a aquella información que, por cuestiones de interés público, deban no estar al alcance social.

Ello implica el sigilo que debe observar el personal judicial y el juzgador para no divulgar datos o documentos de un asunto pendiente de resolver, y en caso de hacerlo asumir las responsabilidades que posee como servidor público. Entonces, mientras una controversia jurídica no haya sido decidida, los jueces no deben hacer pública su opinión sobre ellos; lo cual no anula su capacidad reflexiva y crítica sobre la ciencia jurídica, pues su opinión puede versar en otras áreas como la academia o el trabajo legislativo.⁴²

Lo anterior tampoco puede entenderse como un pasaporte hacia la proyección pública pues, sin duda, el juez tiene como actividad primordial la de ejercer su función que, además, en términos prácticos, le deja poco tiempo para abordar otros temas y actividades. Pero los jueces deben abstenerse de emitir juicios que, para un observador,

⁴² COMISSION INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, Abogados y Fiscales** – Guía para Profesionales No. 1. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2005, p. 39-40.

podrían implicar su facultad para administrar justicia de manera independiente e imparcial. De ahí que se haga necesario reflexionar sobre los parámetros mínimos o principios que deben regir para el poder judicial, y los derechos y libertades de los jueces en un estado democrático de derecho.

4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LINEAMIENTOS DE CONDUCTA DE LA JUDICATURA ELECTORAL

Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial⁴³ exhortan a los jueces a abstenerse de transar los requisitos que exige su cargo al establecer que: “un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión, [...], pero cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportarán siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura”.⁴⁴ Entonces, se puede deducir que los jueces cuentan con sus derechos, pero que deben ejercerlos sin que perjudique la integridad del poder judicial.

En este orden de ideas, en cuanto a la libertad de expresión del juez, es prudente atisbar que “fuera del tribunal, un juez debe evitar el empleo deliberado de palabras o una conducta que pueda razonablemente crear una percepción de falta de imparcialidad”.⁴⁵ Esto implica que éste ya no goza del mismo grado de libertad que el resto de la ciudadanía, ya que ésta se encuentra mayormente limitada.

Esto es concordante con lo expuesto en el Código Iberoamericano de ética judicial donde se declara a *la independencia, el profesionalismo y la imparcialidad* como principios con que deben dirigirse los encargados de la jurisdicción. Esto implica que “la ética judicial debe proponerse y aplicarse desde una lógica ponderativa que busca un punto razonable de equilibrio entre unos y otros valores: si se quiere, entre los valores del juez en cuanto ciudadano y en cuanto titular de un poder, cuyo ejercicio repercute en los bienes e intereses de individuos concretos y de la sociedad en general”.⁴⁶ Por lo que coloca al juez en un estadio que no le permite los mismos derechos que cualquier civil, sino que constriñe su actuación, por el rol que desempeña. Esa discrecionalidad judicial implica innegables riesgos que no pueden solventarse simplemente con regulaciones jurídicas, sino que requieren el concurso de la ética.⁴⁷

⁴³ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx>

⁴⁴ UNODC. **Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial**. New York: Naciones Unidas, 2013, p. 17.

⁴⁵ UNODC. **Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial**. New York: Naciones Unidas, 2013, p. 56.

⁴⁶ COMISIÓN IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL. Código Iberoamericano de Ética Judicial. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Codigo-Iberoamericano-de-Etica-Judicial/>

⁴⁷ COMISIÓN IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL. Código Iberoamericano de Ética Judicial. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Codigo-Iberoamericano-de-Etica-Judicial/>

Este Código permite entender varios de los puntos que se han venido comentado en este trabajo, como son la discreción con la que debe obrar el juez, el respeto a las partes -a sus datos y a sus intereses y planteamientos-, garantizar el derecho a la información a las partes y la transparencia de su actuar hacia la sociedad, una conducta apropiada a su investidura, mesura en sus declaraciones y con el límite de no conculcar derechos de terceros, tutelar el derecho de privacidad de las partes en conflicto, entre otros tantos deberes. En este mismo tenor, se debe mencionar que actualmente existe la Comisión de Venecia, misma que tiene como objetivo asesorar sobre los deberes y obligaciones de los miembros del poder judicial.

En el ejercicio de sus actuaciones el juzgador cuenta con varios medios para hacer sus declaraciones en que puede usar los medios electrónicos. Al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana,⁴⁸ así como la Corte Suprema colombiana y el Tribunal Constitucional chilena, ha sostenido que las redes sociales se han convertido en una fuente de información para las personas y un espacio donde la discusión pública se desarrolla diariamente.

En esta misma línea, el Alto Tribunal señaló que las instituciones gubernamentales y servidores públicos disponen de cuentas en redes sociales, en las que aprovechan sus niveles de expansión y exposición para establecer un nuevo canal de comunicación con la sociedad. Es así como las cuentas de redes sociales utilizadas por los servidores públicos para compartir información relacionada con su gestión adquieren notoriedad pública y se convierten en relevantes para el interés general.

Incluso, en una vertiente evolutiva analizada por la Corte, los contenidos compartidos a través de las redes sociales gozan de una presunción de publicidad, y bajo el principio de máxima publicidad previsto en el artículo 6º constitucional mexicano, debe ser accesible para cualquier persona; señalando, incluso, la imposibilidad de que un servidor público bloquee o elimine a algún ciudadano del acceso a sus publicaciones.

Siguiendo esta lógica discursiva, ¿cuál es el papel con el que debe actuar un juez ante los medios de comunicación y las redes sociales?

Los medios de información tienen la función y el derecho de reunir y divulgar información con destino al público y comentar los actos de la administración de justicia, incluidas las causas judiciales antes, durante y después del proceso, sin violar la presunción de inocencia. Este principio solo debe dejarse de lado en las circunstancias que contempla el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si los medios de información o las personas del público con interés en ello critican una decisión, el juez debe abstenerse

⁴⁸ MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **TESIS: Redes sociales de los servidores públicos. Bloquear o no permitir el acceso a un usuario a las cuentas en las que comparten información relativa a su gestión gubernamental sin causa justificada, atenta contra los derechos de libertad de expresión y de acceso a la información de la ciudadanía.** Tesis: 2a. XXXIV/2019. Décima Época. Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 67, junio de 2019, Tomo III. p. 2330.

*de responder a tales críticas mediante cartas a la prensa o en comentarios ocasionales cuando esté ejerciendo sus funciones. Un juez solo debe hablar en el fundamento de sus sentencias al sustanciar las causas que le correspondan. Es en general inadecuado que un juez defienda públicamente sus decisiones judiciales.*⁴⁹

Estos parámetros nos ayudan a entender la importancia de reflexionar sobre qué y cómo el juez puede informar su labor jurisdiccional. La clara limitante es la información de la causa que se está juzgando. Aquí la mesura, precisión y prudencia son clave.

Como objeto de un constante escrutinio público, un juez deberá aceptar restricciones personales que puedan ser consideradas una carga para los ciudadanos ordinarios y lo deberá hacer libremente y de forma voluntaria. Particularmente, un juez se comportará de forma consecuente con la dignidad de las funciones jurisdiccionales, lo cual no implica mermar sus derechos civiles como la libertad de reunión y de asociación, sino sólo resignificar y re-determinar sus alcances en tanto su actividad como representante del Estado. Entonces se fija un límite en las actuaciones públicas y en sus declaraciones como juzgador, esto garantiza la integridad e imparcialidad, en el entendido que su independencia no es absoluta, pues ellos son la imagen y materialización del poder judicial; por lo cual no debe engancharse públicamente en polémicas inapropiadas relativas a su ejercicio y a los asuntos sometidos a su consideración.

I.e., un juez que se haya declarado homofóbico, que haya manifestado su preferencia política, que se incline por las personas pobres, que apoye a los evangélicos, etc., pondrían a pensar sobre su imparcialidad. Por lo mismo, lo mejor es que se abstenga de hacer públicas estas predilecciones o gustos emanados de su subjetividad. Así, la notoriedad que por su función puede gozar el juez, no le autoriza a divulgar sus opiniones de índole profesional-jurisdiccional de forma indiscriminada, pues no es apropiado que se pronuncie sobre casos que puedan arriesgar no solamente la secrecía de un caso en trámite, sino también una opinión que verse sobre una postura en casos controversiales o que puedan reflejar su postura sobre alguno que por la materia de su función jurisdiccional implique la posibilidad de adelantar como, desde su perspectiva subjetiva como ciudadano, debiera resolverse. No está, entonces, restringido de sostener conversaciones y entrevistas con periodistas, pero la prudencia tendrá que regir sus declaraciones. La relación entre los poderes judiciales y los periodistas es sumamente compleja.

El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación mexicana pretende recoger los principios, reglas y virtudes judiciales que se consideran idóneas para constituir un referente deontológico que pueda, no sólo guiar la conducta de los juzgadores

⁴⁹ BOTERO, Martín Eduardo. **La responsabilidad de los magistrados frente a los ciudadanos.** Disponible en: <https://www.las2orillas.co/la-responsabilidad-de-los-magistrados-frente-los-ciudadanos/>

federales y sus auxiliares, sino facilitar la reflexión ética sobre los diversos aspectos de la función que desempeñan; consecuentemente, tales principios y reglas no son elaborados con la finalidad de complementar o reglamentar la legislación vigente en materia de cualquier tipo de responsabilidad jurídica de los miembros del propio Poder Judicial de la Federación.⁵⁰

De ello se deriva que hay una responsabilidad ética en el uso de la libertad de expresión que avala su independencia judicial y las garantías judiciales, pero que no es absoluta. El juez debe ser prudente,⁵¹ considerar la importancia de su investidura, tener en cuenta que no posee, frente a la ciudadanía una gradualidad simétrica en el ejercicio de este derecho, y que, al contrario, él debe tutelar por los derechos de privacidad de negocios que atiende y debe resolver. Es primordial reconocer que el juzgador sí puede hacer pública su postura, determinación o sentido de sentencia, hasta entonces haya causado estado de cosa juzgada el negocio sometido a su tamiz. No obstante, la imposibilidad de hacer manifiesta este tipo de información no puede considerarse como una regla absoluta, porque en aquellos supuestos en los cuales su difusión produzca mayores beneficios para la sociedad que los daños que pudieran provocarse con su no divulgación, debe hacerse una excepción a la regla general, privilegiando la transparencia y difusión de la información respectiva.⁵²

Por lo que se declara la obligación del juzgador de mantener en privado toda causa que esté desahogando,⁵³ pero que, de estimarse necesario, a través de una ética discursiva, argumental y ponderativa, puede excepcionarse y justificarse la enunciación previa a la discusión de un determinado proyecto, tal y como, por poner algún ejemplo trascendental, aconteció en el recurso de revisión electoral promovido por el C. Luis Miguel Barbosa Huerta en las elecciones a Gobernador del Estado de Puebla, México, en 2018. En aquella ocasión, el magistrado José Luis Vargas, encargado de manufacturar el proyecto de sentencia, hizo, previo a la discusión en pleno del Tribunal Federal Electoral, de conocimiento público su proyecto, apuntando que dicha acción abonaría a la transparencia, disminuyendo así las especulaciones y frenando cualquier intento de presión política.

Esto, pues, resulta ser un claro ejemplo de la excepcionalidad de aquella regla general presentada, la cual se justifica argumental, discursiva y ponderativamente;

⁵⁰ MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Código de ética del Poder Judicial de la Federación**. México: SCJN, 2004, p. 5.

⁵¹ COAGUILA VALDIVIA, Jaime. Modelo de juez complejo y Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigación**, Perú, [s.n.], p. 93-121, 2016.

⁵² MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de inconstitucionalidad 26/2006. **Diario Oficial de la Federación**. 20 de agosto de 2007. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4996806&fecha=20/08/2007

⁵³ Véase: MACCAY, Wayne. Judicial free speech and accountability. Should judges be seen but not heard? **National journal of constitutional law**, USA, n. 3, 1992, p. 159-242.

apegándose, así, al Código Modelo de ética Judicial Electoral por lo que hace a su numeral 2.5, referente a las actuaciones y comunicaciones que, con motivo de la actividad jurisdiccional de mérito, deban adecuarse a la honorabilidad y transparencia. En otras palabras, como ya se apuntó, la ética judicial debe proponerse y aplicarse desde una lógica ponderativa que busca un punto razonable de equilibrio entre valores en colisión: por un lado, aquellos del juez en cuanto ciudadano y en cuanto titular de un poder y, por otro, en los bienes e intereses de individuos concretos, los de la sociedad en general y los de la teleología del Estado y la Constitución.

En este contexto, cabe preguntarse ¿debe el juez autocensurarse o debería existir un comité de ética que juzgue sus actos? ¿su descuido lo expone a ser sancionado? Algunas notas desde la metodología jurídica comparada, ayudarán a robustecer los argumentos para responder hacia un sentido u otro.

En el caso de divulgación de información privada, en EEUU y Canadá se cuenta con un estatuto de ética para los jueces, en el que advierten sobre las limitaciones del juez en materia de libertad de expresión en cuanto sus labores. Asimismo, la Carta Europea sobre el estatuto de los jueces señala las restricciones a la manifestación profesional de los jueces fuera de tribunales.⁵⁴

El Tribunal de Estrasburgo estableció que el juez, como funcionario público, está sometido a un deber de discreción. La sentencia *Baka v. Hungría* (2016) hace un análisis de su jurisprudencia anterior para establecer como regla general que si bien el derecho a la libertad de expresión se aplica a los funcionarios en general y a los jueces en particular (párrafo 140 y siguientes), a tal efecto y a juicio del Tribunal Europeo, es legítimo imponer a los funcionarios, en razón de su estatuto, un deber de reserva, aunque se trate de individuos que se benefician del derecho a la libertad de expresión, para lo cual es preciso alcanzar un justo equilibrio entre el respeto de la libertad de expresión y el interés legítimo de un Estado democrático para velar por que su función pública actúe de acuerdo con los fines del art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo recuerda su jurisprudencia conforme a la cual es legítimo esperar de los funcionarios del orden jurisdiccional que empleen su libertad de expresión con moderación cada vez que la autoridad y la imparcialidad del poder judicial puedan ser cuestionadas; la divulgación de determinadas informaciones, aunque sean exactas, debe hacerse con moderación. Por tanto, en el ejercicio de la función jurisdiccional se impone la máxima discreción a las autoridades judiciales cuando se les encomiende hacer justicia y con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales.⁵⁵

⁵⁴ DIJKSTRA, Sietske, The Freedom of the Judge to Express his Personal Opinions and Convictions under the ECHR. *Utrecht Law Review*, USA. vol. 13, n. 1, p. 1-17, 2017.

⁵⁵ Citado en COMISIÓN IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL. **Cuarto dictamen, de 14 de marzo de 2018, sobre consideraciones éticas respecto del relacionamiento entre los jueces y los medios de comunicación.** Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Dictámenes/>. p. 162-164.

En el caso de *Pitkevich v. Russia*, se juzgó sobre la libertad de expresión de un juez, pero el punto toral de la queja era por las invocaciones religiosas en su jurisdicción, y que eso generaba una parcialidad de su visión, por lo que se le solicitó ya no continuar con esas conductas, pero hubo personas que solicitaban revisar todos los casos que ya había resuelto como juzgador.

En el caso *Kudeshkina v. Russia*, el juez opinó de forma abierta contra el mismo poder judicial, lo que sirvió a sus críticos para considerar la expulsión del juez, porque las declaraciones las hacía en un tiempo de campaña electoral y en apoyo indirecto a un candidato, por lo que de manera voluntaria (que más se diría, política) se le suspendió del cargo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha resuelto diversos casos sobre libertad de expresión de los magistrados. En los casos de *Buscemi v. Italy*, *Lavents v. Latvia* y *Olujić v. Croatia*, las quejas fueron porque los jueces habían divulgado información judicial, violando así el artículo 6(1) del TEDH, porque aún no resolvían el asunto.

En otro asunto sobre la libertad de expresión de los jueces, el juez Posner escribió, en *An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*, que el Presidente Clinton era culpable de perjurio, fraude, incitar al delito, hacer declaraciones falsas en el gobierno y ayudar a castigar un delito. Pero estos delitos no fueron presentados como cargos por el fiscal designado, por lo que no se podían discutir como parte del asunto en la Corte. Richard Posner opinó que tenía el derecho ciudadano de criticar a cualquier autoridad. Sin embargo, el profesor Lubet opinaba que el papel de cualquier juez no debía rebasar a las actuaciones y declaraciones hechas en el juicio, y que lo demás era un exceso de su libertad de opinión, además de que el juez Posner resaltaba la forma de juzgar de los fiscales y abogados, afectado su imparcialidad e independencia.

En la sentencia *Di Giovanni v. Italia* (2013), el Tribunal Europeo se pronunció sobre la libertad de expresión de una magistrada italiana que había hecho declaraciones a la prensa de Nápoles sobre la selección de jueces y que favorecía, en particular, a un determinado magistrado que pertenecía a una asociación judicial y que había sido miembro del Consejo de la Magistratura. La sanción de apercibimiento se impuso finalmente por este hecho. En este caso el Tribunal Europeo confirmó la sanción porque la magistrada sancionada no había hecho gala de la discreción que se requiere de un juez. En su argumentación, el Tribunal Europeo reiteró que se debe imponer a las autoridades judiciales la máxima discreción y recuerda que esta discreción debe suponer que los jueces no puedan utilizar la prensa ni siquiera para responder a provocaciones, dado que así lo exigen los imperativos superiores de la justicia y la dignidad de la función judicial (p 80).⁵⁶

⁵⁶ Citado en COMISIÓN IBEROMAERICANA DE ÉTICA JUDICIAL. **Cuarto dictamen, de 14 de marzo de 2018, sobre consideraciones éticas respecto del relacionamiento entre los jueces y los medios de comunicación.** Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Dictamenes/>

Finalmente, es importante señalar que las normas jurídicas y criterios de los máximos órganos judiciales resultaron insuficientes para establecer con claridad los equilibrios que son necesarios entre los deberes de transparencia y acceso a la información pública, frente a las obligaciones de reserva y protección de datos personales y sensibles; por lo cual, la des-tensión a la tensión se da por conducto de la argumentación, ponderación y el discurso; basificados en el interés público y la teleología del Estado, es decir, en asuntos de naturaleza estricta civil y horizontal, el juzgador debe privilegiar la secrecía, en tanto que en asuntos electorales, constitucionales y, en algunos casos, penales el juzgador, mediante la argumentación, la ponderación y la ética discursiva, puede justificar su enunciación previa en un determinado asunto.

5. CONCLUSIONES

La ética judicial es un respaldo necesario para el ejercicio de la jurisdicción. En efecto sus parámetros son útiles, pero llevan a establecer que en cada caso habrá de analizarse su contexto. Esto es orientador respecto del manejo de la información, sin embargo, se advierte limitado cuando se trata de la comunicación institucional hacia la ciudadanía. Los equilibrios son muy importantes, y es en los lineamientos éticos, donde estos se encuentran. Es en la ética donde se establece la prudencia, mesura y discreción del ejercicio de la jurisdicción. Un ejercicio con esas características no contradice la rendición de cuentas, la transparencia o la justicia abierta, sino que la perfecciona.

La exposición de información sobre temas no resueltos no fomenta la transparencia, fomenta la controversia, reza la regla general, pero como ya se vio, la excepción se da a partir del contexto, el interés público, así como del manejo argumental, discursivo y ponderativo de la información.

6. REFERENCIAS

ÁGUILA, Rafael. **Manual de ciencia política**. Madrid: Trotta, 2000.

ANDRADE MARTÍNEZ, Virgilio. Balance y perspectivas de la justicia electoral en México. In: **Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México**. México: TEPJF, 2002, p. 601-642.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Teoría general del proceso**. México: Porrúa, 1992.

BOTERO, Martín Eduardo. **La responsabilidad de los magistrados frente a los ciudadanos**. Disponible en: <https://www.las2orillas.co/la-responsabilidad-de-los-magistrados-frente-los-ciudadanos/>

BRAVO GARCÍA, Ramiro. Las innovaciones al sistema de lo contencioso electoral. **Revista Teoría y praxis administrativa**, México, vol. 3, n. 3, 1987.

CABO DE LA VEGA, Antonio. **Lo público como supuesto constitucional**. México: UNAM, 1997.

CARPIZO, Jorge. **Concepto de democracia**. México: UNAM, 2006.

CARPIZO, Jorge. **El presidencialismo mexicano**. México: Siglo XXI, 1987.

COMISSION INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, Abogados y Fiscales** – Guía para Profesionales No. 1. Ginebra: Comisión Internacional de Juristas, 2005.

COAGUILA VALDIVIA, Jaime. Modelo de juez complejo y Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigación**, Perú, [s.n.], p. 93-121, 2016.

COMISION IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL. **Código Iberoamericano de Ética Judicial**. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Codigo-Iberoamericano-de-Etica-Judicial/>

COMISION IBEROMAERICANA DE ÉTICA JUDICIAL. **Cuarto dictamen, de 14 de marzo de 2018, sobre consideraciones éticas respecto del relacionamiento entre los jueces y los medios de comunicación**. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Dictámenes/>

DANA MONTAÑO, Salvador. Lo contencioso-electoral: su contenido y naturaleza. **Revista de ciencias jurídicas y sociales**, Argentina, año X, n. 3, 1945.

DE ANDREA SÁNCHEZ, Francisco. **La renovación política y el sistema electoral mexicano**. México: Porrúa, 1987.

DE LA PEZA, José Luís. Notas sobre la justicia electoral en México: In: MELGAR ADALID, Mario. **Justicia Electoral**. México: UNAM, 1996, p. 827-862.

DIJKSTRA, Sietske, The Freedom of the Judge to Express his Personal Opinions and Convictions under the ECHR. **Utrecht Law Review**, USA. vol. 13, n. 1, p. 1-17, 2017.

DUVERGER, Maurice. **Instituciones políticas**. Barcelona: Ariel, 1970.

FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José Florencio. **Valores y principios de la justicia electoral**. México: TEPJF, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. **El sistema constitucional español**. Madrid: Dykinson, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. España: Trotta, 2007.

GALVÁN RIVERA, Flavio. **Derecho Procesal Electoral**. México: Porrúa, 2006.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge. Sistemas de justicia electoral en Centroamérica: In: OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús (Coord.). **Sistemas de Justicia Electoral**. México: IFE, México, 1999.

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary**. Great Britain: Frank Cass, 2004.

MACCAY, Wayne. Judicial free speech and accountability. Should judges been seen but not heard? **National journal of constitutional law**, USA, n. 3, 1992, p. 159-242.

MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de inconstitucionalidad 26/2006. **Diario Oficial de la Federación. 20 de agosto de 2007.** Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4996806&fecha=20/08/2007

MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Código de ética del Poder Judicial de la Federación.** México: SCJN, 2004, p. 5.

MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **TESIS: Derecho a la información. dimensión individual y dimensión colectiva.** Tesis: 2a. LXXXIV/2016. Décima Época. Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I. p. 838.

MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **TESIS: Derecho a la información. Garantías del.** Tesis: 2a. LXXXV/2016. Décima Época. Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I. p. 839.

MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **TESIS: Libertad de expresión y derecho a la información. Su importancia en una democracia constitucional.** Tesis: 1a. CCXV/2009. Novena época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, diciembre de 2009. p. 287.

MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. **TESIS: Redes sociales de los servidores públicos. Bloquear o no permitir el acceso a un usuario a las cuentas en las que comparten información relativa a su gestión gubernamental sin causa justificada, atenta contra los derechos de libertad de expresión y de acceso a la información de la ciudadanía.** Tesis: 2a. XXXIV/2019. Décima Época. Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 67, junio de 2019, Tomo III. p. 2330.

NIETO, Santiago. **Interpretación y argumentación en materia jurídica.** México: UNAM, 2003

OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. **Justicia electoral y garantismo jurídico.** México: Porrúa, 2006.

OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado. In: OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús (Coord.). **Sistemas de Justicia Electoral.** México: IFE, México, 1999.

PESCHARD MARISCAL, Jacqueline. **A 10 años del derecho de acceso a la transparencia.** México: INAI, 2015.

PINA, Rafael y CASTILLO, José. **Instituciones de Derecho Procesal Civil.** México: Porrúa, 1990.

PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis. **Derecho Político Electoral.** México: Porrúa, 1997.

QUEZADA, Bianca Paola. **Derecho de Acceso a la Información Pública en los Estados.** México: Universidad Iberoamericana, 2001.

RAIGOSA, Luis. Justicia Electoral, **Revista Bien común y gobierno**, México, año 5, n. 59, 1999.

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. **La renovación política y el sistema electoral mexicano.** México: Porrúa, 1987.

SOBRADO GONZÁLEZ, Luis. Tendencias de la justicia electoral latinoamericana. **Revista de la Universidad de Costa Rica**, Costa Rica, n. 109, p. 155-183, ene./abr. 2006.

UNODC. **Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial**. New York: Naciones Unidas, 2013.

VEDEL, Georges. **Manual Elementaire de Droit Constitutionnel**. Paris: Recueil de Sirey, 1949.

WHITEHEAD, Laurence. **Democratization**. Great Britain: Oxford, 2003.



Supremacía constitucional, jerarquía normativa y derechos humanos en México: evolución jurisprudencial histórica y narrativas actuales

Constitutional supremacy, normative hierarchy, and human rights in Mexico: historical jurisprudential evolution and current narratives

OCTAVIO RODRÍGUEZ FERREIRA ^{1,*}

¹University of San Diego (San Diego, Estados Unidos de América)

orodriguez@sandiego.edu

<https://orcid.org/0000-0003-2291-9379>

Recibido/Received: 22.09.2020 / September 22th, 2020

Aprovado/Approved: 07.05.2021 / May 7th, 2021

Resumen

Este artículo desarrolla un análisis histórico de la relación y recepción del derecho internacional y sus instrumentos en el derecho interno mexicano a través de la práctica jurisprudencial. A partir de ello, evidencia un cierto desequilibrio jurídico-institucional debido a posturas garantistas y favorables a derechos humanos, frente a interpretaciones restrictivas o limitativas. En última instancia el artículo pretende evidenciar como las narrativas actuales respecto a la supremacía constitucional y la jerarquía normativa en México no son del todo acordes con la realidad globalizada de los derechos humanos actuales.

Palabras clave: derechos humanos; supremacía constitucional; jerarquía normativa; derecho internacional; jurisprudencia.

Abstract

This article develops a historical analysis of the relationship and reception of international law and its instruments in Mexican domestic law through its jurisprudential practice. Building on this, it shows a certain legal-institutional imbalance due to human rights-favorable perspectives in front of restrictive or limiting interpretations. Ultimately, the article aims to show how current narratives on constitutional supremacy and normative hierarchy in Mexico are not entirely consistent with the current globalized human rights reality.

Keywords: human rights; constitutional supremacy; normative hierarchy; international law; jurisprudence.

Como citar esse artigo/How to cite this article: RODRÍGUEZ FERREIRA, Octavio. Supremacía constitucional, jerarquía normativa y derechos humanos en México: evolución jurisprudencial histórica y narrativas actuales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 679-705, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.76714.

* Profesor e investigador en el Departamento de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, y Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de la University of San Diego (San Diego, Estados Unidos de América). Director Ejecutivo del Programa Justice in Mexico. Es Licenciado en Derecho, Maestro en Ciencias Jurídicas y Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. E-mail: orodriguez@sandiego.edu.

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Supremacía constitucional, jerarquía normativa y derechos humanos en México; **2.1.** Supremacía constitucional; **2.2.** Supremacía constitucional y jerarquía normativa en el constitucionalismo histórico; **2.2.1.** Tratados internacionales y jerarquía normativa; **2.3.** Los derechos humanos en el marco jurídico vigente; **2.3.1.** Sistema de justicia penal acusatorio; **2.3.2.** Efectos ‘erga omnes’ del amparo; **3.** Supremacía constitucional y la jerarquía normativa en la historia jurisprudencial de México; **3.1.** La narrativa tradicional y originalista; **3.2.** Una incipiente apertura; **3.3.** La consolidación global del derecho internacional; **3.4.** Hacia un cambio de paradigma; **3.4.1.** Control constitucional y convencional a partir del caso Radilla; **3.4.2.** Igualdad jerárquica de los tratados de derechos humanos y de la Constitución; **3.5.** Ad Contradictio: de vuelta al statu quo ante; **3.5.1.** Configuración de una ‘nueva’ narrativa: la C.T. 293/11; **3.5.2.** La narrativa de la ‘regularidad constitucional’ y del “bloque de constitucionalidad”; **3.5.3.** La ‘nueva’ jerarquía normativa en México; **4.** Reflexiones sobre las ‘nuevas’ narrativas de la supremacía constitucional y de la jerarquía normativa en México; **5.** Consideraciones Finales; **6.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El sistema constitucional mexicano conserva una relativa rigidez respecto al derecho internacional, así como respecto a la forma en cómo interactúan sus instrumentos en el marco jurídico interno. Es más, esta interacción resulta bastante confusa y ambigua, sujeta a constantes cambios, tanto en el ámbito legislativo, como en el jurisprudencial. Ya que la Constitución mexicana no incluye alguna disposición que indique la manera precisa en cómo los instrumentos de derecho internacional son recibidos en el derecho interno, esto dificulta la operatividad de las normas internacionales, sobre todo aquellas relativas a derechos humanos.

El artículo 133 constitucional—que contiene los criterios de jerarquía normativa, el parámetro de regularidad y el principio de supremacía constitucional—no ha sufrido modificación sustancial desde la constitución de 1857. Su redacción, no especifica la forma en que los tratados serán utilizados e interpretados en relación con los otros cuerpos normativos considerados “ley suprema” de la Unión. Más aún, este precepto, conceptualizado en el siglo XVIII, no parece ya suficiente para interpretar la nueva realidad de un mundo globalizado, y mucho menos la expansión progresiva de los derechos humanos, generada mayormente a través de tratados y por organismos internacionales.

Es precisamente en el ámbito jurisprudencial donde es más claro cómo la evolución histórica del derecho internacional y la consolidación progresiva de los derechos humanos en ocasiones contrasta con la rigidez constitucional mexicana, y con algunos de sus principios fundamentales, como lo es la supremacía constitucional. En este artículo desarrollo un recorrido histórico de la interpretación del *statu* jurídico del derecho internacional y sus instrumentos, en el derecho mexicano, a través de la práctica

jurisprudencial. Finalmente busco evidenciar cómo las narrativas actuales de la jerarquía normativa y de la supremacía constitucional no son del todo acordes con la realidad globalizada de los derechos humanos actuales.

2. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, JERARQUÍA NORMATIVA Y DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Como preámbulo teórico, es importante hacer una revisión de los conceptos más importantes que se han contrapuesto a lo largo de la historia constitucional y jurisprudencial mexicana, cuando el derecho interno y el derecho internacional se interrelacionan.

2.1. Supremacía constitucional

El concepto de supremacía constitucional es uno de los basamentos más importantes del constitucionalismo moderno. Su configuración formal se puede remontar hasta la redacción del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos en 1789.¹ El principio se entiende, comúnmente, como aquella cualidad o estado de ser supremo o superior en rango o autoridad. Sin embargo la “cláusula de supremacía” ideada por el constituyente estadounidense, debería entenderse desde dos diferentes ángulos: el primero, que captura la concepción más común de supremacía, que considera a la Constitución como el instrumento jurídico de mayor rango y autoridad, en tanto que busca conservar las estructuras gubernamentales, subordinando a las entidades fedrativas a la autoridad delegada al gobierno federal; y, la segunda, que sugiere que las decisiones de los poderes judiciales federales respecto a cuál es la ley suprema, tendrán primacía sobre aquellas que hicieran los juzgadores estatales.²

La doctrina mexicana ha concebido el principio como que la constitución es la ley suprema y ordenamiento cúspide de todo el derecho,³ y que cualquier norma contraria no tiene posibilidad de existencia dentro de dicho orden.⁴ Burgoa, basándose en Kelsen, explica que la Constitución “es la base y la cumbre, lo fundatorio y lo insuperable, dentro de cuyos extremos se mueve toda la estructura vital del Estado” (“*Super*

¹ La cláusula de supremacía tiene su antecedente precisamente en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, el cual establece a grandes rasgos lo siguiente: La Constitución y las leyes que se realicen en virtud de la misma, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de la nación; y los jueces de cada estado estarán obligados a ella de la misma forma, a pesar de cualquier disposición en contrario en las constituciones o las leyes de cualquier estado. Traducción personal. **The Constitution of the United States of America**. United States of America: 1789.

² SAMAR, Vincent. Two Understandings of Supremacy: An Essay. **Richmond Journal of Global Law and Business**, vol. 9, n. 4, p. 339-380, 2010. p. 339.

³ BURGOA, Ignacio. **Derecho Constitucional Mexicano**. 8. ed. México: Porrúa, 1991. p. 359.

⁴ CARPIZO, Jorge. La interpretación del artículo 133 constitucional. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Nueva Serie, año II, n. 4, ene./abr., 1969. p. 3.

constitutionem, nihil; sub constitutione, omnia").⁵ La supremacía constitucional presupone como condiciones que el poder constituyente sea distinto a los poderes constituidos, y que la Constitución sea rígida y estricta.⁶

El artículo 133 de la Constitución mexicana consagra dicho principio de la siguiente manera:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

En efecto, el principio de supremacía constitucional obedece a un contexto histórico en el que se buscaba generar cohesión y aportar estructuras gubernamentales sólidas a unidades sub-nacionales. La supremacía era la garantía de unidad, por medio de la cual las entidades federativas otorgaban una autoridad suprema al texto fundamental federal. Lo anterior es evidente en los Estados Unidos, en el contexto en que la federación debía establecer una preeminencia jurídica sobre los poderes fácticos que, en efecto, tenían los estados de la unión. Es claro que el contexto en el que surge dicho principio contemplaba principalmente los posibles conflictos legislativos en un estado federal y no necesariamente una interacción entre ordenamientos jurídicos supranacionales. Sería complicado imaginarse cuál sería la postura de los redactores de esos textos constitutivos y de sus principios, ante el entorno globalizado actual.⁷

2.2. Supremacía constitucional y jerarquía normativa en el constitucionalismo histórico

El primer texto fundamental de México como nación independiente, el “Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”—también conocido como Decreto de Apatzingán—de 1814 contiene de manera muy primaria las raíces del principio de supremacía en el artículo 237, estipulando la observancia inviolable del documento hasta la promulgación de una constitución permanente.⁸ Posteriormente el

⁵ “Sobre la constitución nada; bajo la Constitución todo”. Máxima atribuida a José María Iglesias. BURGOA, Ignacio. **Derecho Constitucional Mexicano**. 8. ed. México: Porrúa, 1991. p. 359.

⁶ TENA RAMÍREZ, Felipe. **Derecho Constitucional Mexicano**. 32. ed. México: Porrúa, 1998. p. 12.

⁷ SAMAR, Vincent. Two Understandings of Supremacy: An Essay. **Richmond Journal of Global Law and Business**, vol. 9, n. 4, p. 339-380, 2010. p. 339. Ramsey propone que las discrepancias entre una interpretación literal y originalista de la cláusula de supremacía con aquellas del derecho modelo pueden resolverse, manteniendo la primera, pero haciendo uso de otros recursos jurídicos. RAMSEY, Michael D. The Supremacy Clause, Original Meaning, and Modern Law. **Ohio State Law Journal**, vol. 74, n. 4, 2013. passim.

⁸ “Entretanto que la Representación nacional, de que trata el capítulo antecedente, no fuere convocada, y siéndolo, no dictare y sancionare la Constitución permanente de la Nación, se observará inviolablemente

Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824 en el artículo 24, ya reconoce de manera más precisa la supremacía del Acta y la Constitución general por sobre las de los estados.⁹

Es hasta la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 que se reconoce ya autoridad a los tratados internacionales al estipular en el artículo 161-III la obligación de los estados de guardar y hacer guardar la Constitución, las leyes generales y los tratados.¹⁰ Posteriormente el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 regresaría a una concepción más primigenia del principio de supremacía, ya que el artículo tercero únicamente establece que todos los poderes públicos se arreglarán a la Constitución.¹¹

La Constitución de 1857 da su forma 'definitiva' al principio de supremacía constitucional y a la jerarquía normativa. El artículo 126 menciona a la Constitución, a las leyes federales y a los tratados internacionales, como ley suprema de la Unión, y obliga a los jueces de los estados a "arreglarse" a ellas a pesar de disposición en contrario en la legislación estatal.¹²

La Constitución de 1857 fue la base para la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917—vigente hasta nuestros días.¹³ El principio de supremacía constitucional y la jerarquía normativa fueron incluidos, casi sin modificación, en

al tenor de este decreto, y no podrá proponerse alteración, adición ni supresión de ninguno de los artículos en que consiste esencialmente la forma de gobierno que prescribe. Cualquier ciudadano tendrá derecho de reclamar las infracciones que notare". TENA RAMÍREZ, Felipe. **Leyes Fundamentales de México 1808 - 1997**. 20. ed. México: Porrúa, 1997, p. 57.

⁹ "Las Constituciones de los Estados no podrán oponerse a esta acta ni a lo que establezca la Constitución general: por tanto, no podrán sancionarse hasta la publicación de esta última". TENA RAMÍREZ, Felipe. **Leyes Fundamentales de México 1808 - 1997**. 20. ed. México: Porrúa, 1997, p. 158.

¹⁰ "Cada uno de los Estados tiene obligación [...] [d]e guardar y hacer guardar la constitución y leyes generales de la Unión, y los tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la federación con alguna potencia extranjera". TENA RAMÍREZ, Felipe. **Leyes Fundamentales de México 1808 - 1997**. 20. ed. México: Porrúa, 1997, p. 191.

¹¹ "Publicada esta Acta de reformas, todos los Poderes públicos se arreglarán á ella [...] Los Estados continuarán observando sus constituciones particulares y conforme á ellas renovarán sus poderes [sic]". TENA RAMÍREZ, Felipe. **Leyes Fundamentales de México 1808 - 1997**. 20. ed. México: Porrúa, 1997, p. 476.

¹² "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos ó que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán á dicha Constitución, leyes y tratados, á pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las constituciones ó leyes de los Estados [sic]". TENA RAMÍREZ, Felipe. **Leyes Fundamentales de México 1808 - 1997**. 20. ed. México: Porrúa, 1997, p. 627.

¹³ Con la instauración del Segundo Imperio Mexicano entre 1863 y 1867, se abrogó la Constitución de 1857 y en su lugar se expidió el "Estatuto Provisional del Imperio Mexicano". Su texto de corte imperial adopta una interpretación más central y rígida de la supremacía, estableciendo en el artículo 80 que "[t]odas las leyes y decretos que en lo sucesivo se espidieren, se arreglarán á las bases fijadas en el [...] Estatuto, y las autoridades quedan reformadas conforme á él [sic]". **Estatuto Provisional del Imperio Mexicano**. México: 1865. Con la caída del imperio, se restableció la autoridad de la Constitución de 1857.

el artículo 133, y su redacción se mantuvo sin cambios hasta 1934 cuando ocurrió su primera y única reforma.¹⁴

El artículo 133, sin embargo, no estipula claramente cuál es la jerarquía entre los ordenamientos que se consideran “ley suprema”, por lo que ha correspondido a la jurisprudencia determinar la manera en que los tratados internacionales interactúan con, y se incorporan al derecho interno en atención los principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa.

2.2.1. *Tratados internacionales y jerarquía normativa*

Los sistemas constitucionales estrictos o cerrados, como es el caso de México, conciben a los tratados internacionales como actos jurídicos que son regidos por el derecho internacional público que requieren de una incorporación expresa al derecho interno para poder ser vinculantes para sus autoridades y ciudadanos.¹⁵ De tal forma, los tratados internacionales pueden considerarse solamente válidos mediante un acto legislativo que les otorgue validez plena, y que propicie las reformas necesarias para adaptar el sistema jurídico a sus disposiciones.¹⁶

Antes de que un tratado forme parte del orden jurídico interno, debe, entonces, ser aprobado por el Senado, proceso “en virtud del cual se aceptan los términos del pacto negociado por el Presidente [...], razón por la cual ésta es necesaria para que un tratado pueda ser ratificado y, en consecuencia, para que entre en vigor”.¹⁷ Una vez cumplidas las formalidades—incluida su publicación en el Diario Oficial de la Federación [referido también como DOF]—, el texto del tratado se convierte en parte integrante del marco jurídico mexicano de acuerdo al artículo 133 Constitucional.

Sin embargo, como ya señalé anteriormente, el artículo 133 no delimita—*per se*—los alcances de jerarquía de las leyes consideradas “supremas”. La redacción del artículo presenta varios cuestionamientos, como son: la supremacía o competencias del derecho federal sobre el local; la jerarquía de las normas supremas entre ellas; la calidad o no de los tratados como normas fundamentales; la aplicación de uno u otro

¹⁴ Dicha reforma se encargó de precisar algunos puntos con relación a los tratados, como el cambio de las palabras “hechos y que se hicieren” por “celebrados y que se celebren”. De manera importante se precisó que los tratados deben estar “de acuerdo con la misma [Constitución]”; y se sustituyó al Congreso de la Unión en materia de aprobación para dejar dicha labor únicamente al Senado de la República, CARPIZO, Jorge. La interpretación del artículo 133 constitucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año II, n. 4, Enero-Abril, 1969, pp. 7-8.

¹⁵ SCJN. *La jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho mexicano*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 50-51.

¹⁶ El régimen que regula los tratados internacionales en México se deriva de los artículos 15, 18, 76 (I), 89 (X), 94 (§ 8º), 104, 105 (I-II), 107 (VIII), 117 (I) y 133 de la Constitución, que faculta al Presidente para celebrarlos—modificarlos, denunciarlos, suspenderlos, terminarlos o enmendarlos—y al Senado de aprobarlos.

¹⁷ SCJN. *La jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho mexicano*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 58.

orden cuando estén en oposición; y la examinación y control de constitucionalidad—y convencionalidad—. ¹⁸ Así, la falta de claridad en el artículo 133 ha generado una copiosa práctica jurisprudencial por parte de los interpretes constitucionales en México. Los tribunales federales, han interpretado la manera en que los tratados internacionales, en general, se incorporaran al derecho interno, y cuál es su papel dentro del marco jurídico mexicano. Sin embargo, como lo veremos, estos criterios han sido cambiantes y confusos, y parecen insuficientes frente a la nueva realidad globalizada.

2.3. Los derechos humanos en el marco jurídico vigente

En 2011 México aprobó una reforma al artículo primero de la Constitución en donde otorga rango constitucional a todos los derechos humanos protegidos por tratados internacionales. ¹⁹ Esta reforma es uno de los cambios más importantes que la legislación mexicana ha sufrido para reflejar el contexto globalizado de los derechos humanos. La reforma incorporó el término derechos humanos—abonando a la tradicional institución de las ‘garantías individuales’—y reconoció que éstos deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, favoreciendo la protección más amplia a las personas, es decir reconoce como constitucional el principio pro persona. ²⁰ La reforma de 2011, se inserta, además, en una serie de reformas que van adoptando una óptica más favorable a los derechos humanos y parecen flexibilizar el sistema jurídico mexicano.

2.3.1. Sistema de justicia penal acusatorio

Algunos estados iniciaron, a partir del 2004, una transición hacia un sistema de justicia penal oral acusatorio, que contribuyó a una reforma a nivel nacional en 2008. ²¹ El cambio buscaba reducir las ineficiencias del sistema tradicional, mediante la introducción de nuevos procedimientos y el fortalecimiento de los derechos tanto de las víctimas como de los inculpadados. De tal forma, el sistema de justicia penal acusatorio replanteó el esquema tradicional de la justicia penal, dotándole de una cara más

¹⁸ CARPIZO, Jorge. La interpretación del artículo 133 constitucional. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Nueva Serie, año II, n. 4, ene./abr., 1969, p. 4.

¹⁹ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Diario Oficial de la Federación**, Tomo DCXCIII, n. 8, p. 2, 10 de junio 2011.

²⁰ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Diario Oficial de la Federación**, Tomo DCXCIII, n. 8, p. 2, 10 de junio 2011.

²¹ RODRÍGUEZ FERREIRA, Octavio. El nuevo sistema penal acusatorio en México. In: OCTAVIO RODRÍGUEZ FERREIRA; SHIRK, David A. (Ed.). **La reforma al sistema de justicia penal en México**. San Diego: Justice in Mexico, University of San Diego, 2013. cap. 2.

garantista, con una apuesta a la rapidez, eficiencia y transparencia de los procesos penales, y a la profesionalización de los operadores del sistema.²²

El sistema acusatorio introdujo procesos orales, contenciosos y públicos; el establecimiento de mecanismos alternativos para la solución de controversias; mayor énfasis en los derechos del acusado—presunción de inocencia, debido proceso y defensa—; garantías para la imparcialidad del juzgador y el equilibrio entre las facultades y poderes de las partes, entre muchos otros elementos. Todo lo anterior, con el objetivo general de lograr un balance entre la autoridad del Estado y los derechos de los ciudadanos.²³

2.3.2. Efectos ‘*erga omnes*’ del amparo

Otra reforma constitucional en 2011 estableció que todos los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, podían ser invocados en juicio de amparo.²⁴ Dicha reforma también anuló la llamada “fórmula Otero” o principio de relatividad de las sentencias, que contemplaba que la protección otorgada por las sentencias de amparo sólo surtía efectos para los quejosos en el juicio.²⁵ La declaratoria de inconstitucionalidad que se hiciera en sentencia de amparo, entonces, debía surtir efectos no sólo para los quejosos, sino para todo aquel que se encontrare dentro de la hipótesis normativa, aún sin ser parte en el juicio respectivo.²⁶ De tal suerte, las sentencias de amparo que declaren la inconstitucionalidad de una ley pueden tener efectos generales, es decir su protección será *erga omnes*, lo que significa que será en beneficio de todos los ciudadanos.

²² RODRÍGUEZ FERREIRA, Octavio. El nuevo sistema penal acusatorio en México. In: OCTAVIO RODRÍGUEZ FERREIRA; SHIRK, David A. (Ed.). **La reforma al sistema de justicia penal en México**. San Diego: Justice in Mexico, University of San Diego, 2013. cap. 2.

²³ SHIRK, David. Criminal Justice Reform in Mexico: An Overview. **Mexican Law Review**, vol. 3, n. 2, p. 189-228, 2011, passim; SHIRK, David A. Reforma de la Justicia Penal en México. In: RODRÍGUEZ FERREIRA, Octavio; SHIRK, David (Ed.). **La reforma al sistema de justicia penal en México**. San Diego: Justice in Mexico, University of San Diego, 2013, p. 11.

²⁴ El concepto de interés legítimo representa la facultad de las personas que no son titulares de un derecho individual, pero que tienen un interés en la violación de cualquier derecho vulnerado por un acto de autoridad, a solicitar la protección del amparo, es decir, reconoce la legitimidad de cualquier ciudadano de solicitar la protección federal en contra de la legalidad de determinados actos de autoridad, a pesar de carecer de un derecho subjetivo, siempre y cuando se demuestre un interés suficiente. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Diario Oficial de la Federación**, Tomo DCXCIII, n. 4, p. 2, 6 de junio 2011.

²⁵ La fórmula desarrollada por Mariano Otero se entiende como principio de petición de la parte agraviada, con protección limitada al caso especial, y sin ninguna declaración general, TENA RAMÍREZ, Felipe. **Derecho Constitucional Mexicano**. 32. ed. México: Porrúa, 1998, passim.

²⁶ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Diario Oficial de la Federación**, Tomo DCXCIII, n. 4, p. 2, 6 de junio 2011.

Este nuevo contexto más garantistas y favorable hacia los derechos humanos modificó el esquema en el que el derecho internacional ha sido concebido e interpretado dentro del marco jurídico mexicano, y, obligó a una revisión de la supremacía constitucional y de la jerarquía normativa. Sin embargo, esto no necesariamente vino a cambiar por completo la interpretación tradicional de dichos principios, ni tampoco a reestructurar la forma en como se reciben e interactúan las normas internacionales en el derecho interno.

3. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA JERARQUÍA NORMATIVA EN LA HISTORIA JURISPRUDENCIAL DE MÉXICO

La supremacía constitucional ha sido un elemento fundamental en la tradición legislativa de México, y ha estado presente, de alguna u otra forma, en todas las leyes supremas del país en su historia independiente. De la misma forma, ha sido, también, un tema central y recurrente en la historia jurisprudencial del país, al menos a partir del siglo XX. En este apartado presentaré una serie de etapas jurisprudenciales respecto a la interpretación de la supremacía constitucional y la jerarquía normativa en el contexto de su interacción con normas de derecho internacional.

3.1. La narrativa tradicional y originalista

Siguiendo la consolidación institucional de México—después de los movimientos revolucionarios de principios del siglo XX—, se gestó una primera etapa de interpretaciones jurisprudenciales que, de alguna forma, acogían las narrativas más tradicionales de la supremacía de la constitución, y de la jerarquía normativa.

Uno de los más tempranos pronunciamientos de los que se tenga noticia, en materia de tratados internacionales con relación al artículo 133 de la constitución, ocurrió en 1928, en el que estipulaba la “fuerza de ley” de los tratados. Este pronunciamiento demuestra un criterio que pensaba la ley interna como única, sin concebir, obviamente, la importancia que tienen los tratados en la actualidad.²⁷

La primera decisión concreta sobre la jerarquía normativa en México fue una tesis aislada de 1948, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [referida también como SCJN] que estipula que “todo tratado o convenio celebrado por el Presidente de la República, así esté aprobado por el Senado, pero que contradiga o esté en oposición con los preceptos de la Constitución, en los puntos o actos en que esto acontezca, no debe tener eficacia jurídica”.²⁸ Esta tesis indirectamente determina la jerarquía de los ordenamientos jurídicos reafirmando el principio de supremacía

²⁷ SCJN. Tratados. [TA]; 5a. Época; Pleno; S.J.F., Tomo XXII, 1928.

²⁸ SCJN. Tratados Internacionales, Validez de los. [TA] 5a. Época; 1a. Sala, S.J.F., Tomo XCVI, 1948.

constitucional. En 1953, la Suprema Corte reiteró su criterio de 1948, en una tesis que reafirma que los tratados que contradijeran o se opusieran a la Constitución no debían tener eficacia jurídica.²⁹

En esta primera etapa jurisprudencial, las interpretaciones coincidían en la falta de eficacia jurídica de un tratado si contradecía o se oponía a la Constitución, aunque no se restó su obligatoriedad, y se aclaró su “fuerza de ley”.³⁰ Esta etapa representa la visión de la Constitución en la cúspide del marco normativo, seguida por sus leyes reglamentarias. Por debajo, se ubicaban los tratados, que hasta entonces no tenían gran influencia directa en el derecho interno, y mucho menos podía pensarse que tuvieran fuerza mayor que las otras leyes supremas. Este criterio reinó durante gran parte del siglo XX.

3.2. Una incipiente apertura

En las últimas décadas del siglo XX algunos criterios seguían argumentando que no podía establecerse que los tratados fueran de mayor obligación que las leyes federales, pero se empezaba a generar un cambio.

Una tesis de un Tribunal Colegiado de Circuito [también referido como TCC] en 1981 refiere que lo estipulado por el artículo 133 constitucional establece el principio de la supremacía respecto de las constituciones y leyes estatales, pero no establece “la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en los tratados respecto de lo dispuesto por las leyes [federales]”. De tal forma, esta es “una regla de conflicto a que deben sujetarse las autoridades mexicanas, pero [...] no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación [...] que las leyes del Congreso”.³¹ Nuevamente se confirma que los tratados son parte del derecho interno, se reconoce su fuerza obligatoria, pero no se les otorga un rango superior al de las leyes federales.

Sin embargo, este criterio se acompañó de otro del mismo TCC, también de 1981, que reconoce, en los mismos términos, que no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación que las leyes del Congreso ya que el artículo 133 no establece preferencia alguna entre ellos, ni afirma supremacía entre el derecho internacional sobre el interno, sino que reconoce que el primero es parte del segundo, “ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a

²⁹ SCJN. Tratados, Validez de los. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F., Tomo CXX, 1953.

³⁰ SCJN. Tratados. [TA]; 5a. Época; Pleno; S.J.F., Tomo XXII, 1928. Además de esta tesis de 1928, el criterio se repitió en 1950 en el mismo sentido. SCJN. Tratados, fuerza de los. Las estipulaciones contenidas en los tratados celebrados con las potencias extranjeras, tienen fuerza de ley para los habitantes del país. 5a. Época, 2a. Sala; S.J.F., Tomo CIV, p. 2243, 26 de junio 1950.

³¹ SCJN. Tratados internacionales. El artículo 133 constitucional, última parte, no establece su observancia preferente sobre las leyes del Congreso de la Unión emanadas de la Constitución Federal. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F., Volumen 151-156, Sexta Parte, 1981.

las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo”.³²

De tal forma se empezaba a concebir una complementariedad entre los tratados y las leyes generales, en una época de enfrentamiento de las instituciones nacionales frente la inminente globalización, y ante la presión de la clase política para adaptar el sistema jurídico a la apertura de los mercados internacionales y a los tratados de libre comercio.

La Suprema Corte, confirmó el criterio de que los tratados y las leyes federales tenían la misma jerarquía que las leyes federales en 1992. Esta tesis razona que las leyes y los tratados tienen una posición “inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano”, y que, si bien tienen entre ellos la misma jerarquía, “el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa”.³³

La postura de la Corte confirma un cambio discreto que concibe una similar jerarquía de los tratados y las leyes generales, sin otorgar superioridad jerárquica de unos sobre otros, ni de cualquiera de ellos sobre la Constitución.

3.3. La consolidación global del derecho internacional

Tradicionalmente se considera que la etapa de la posguerra y la instauración de las Naciones Unidas representó la consolidación del derecho internacional y de los derechos humanos. Sin embargo, muchas veces se olvida que esa consolidación, y el triunfo del discurso iushumanista se ‘consumó’ con la caída del muro de Berlín, como símbolo de la desintegración del mundo bipolar de la guerra fría y el colapso del bloque comunista. En efecto, 1989 representó el triunfo y expansión por el mundo del discurso

³² SCJN. Tratados internacionales. El artículo 133 constitucional, última parte, no establece su observancia preferente sobre las leyes del Congreso de la Unión emanadas de la Constitución Federal. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F., Volumen 151-156, Sexta Parte, 1981. La misma postura se confirmaría nuevamente en 1987. SCJN. Estupefacientes o Psicotrópicos considerados así en los convenios o tratados internacionales. [TA]; 7a. Época; T.C.C.; S.J.F., Volumen 217-228, Sexta Parte, 1987. Es pertinente subrayar la postura unitaria claramente monista adoptada por el juzgador mexicano que coincide, en gran medida, con la interpretación kelseniana, que concibe a las normas de derecho internacional como incompletas, y que requieren de implementación mediante normas de derecho interno. KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. 2nd ed. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1966. p. 553. Al respecto, es relevante recordar, también, que, aunque el Kelsen de la última época estaba claramente inclinado a la supremacía de los derechos humanos—y del derecho internacional—, su teoría monista claramente asume la posibilidad de la aplicación primaria del derecho interno con una base política. CRAWFORD, James. *Brownlie’s Principles of Public International Law*. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p.49-50.

³³ SCJN. Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa. [TA]; 8a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F., Núm. 60, Diciembre de 1992, n. P. C/92, 1992.

global de los derechos humanos, indudablemente apegado a la consolidación de las democracias liberales.³⁴

Frente a esta tendencia global, a finales de los años noventa la Suprema Corte dio un giro significativo a la luz de sus obligaciones frente al derecho internacional,³⁵ y abandonó su criterio de 1992, respecto a la igual jerarquía entre leyes federales y tratados, para sostener, por primera vez, la jerarquía superior de los tratados frente al derecho federal, pero “en un segundo plano inmediatamente debajo de la Constitución”.³⁶

Ya iniciado el siglo XXI este criterio se siguió manteniendo. Ejemplo de ello es la tesis de 2004, en donde se expresa que los tratados internacionales reglamentan y amplían los derechos fundamentales tutelados por la Constitución, y que deben aplicarse sobre las leyes federales que no lo hacen, sobre todo cuando sus presupuestos se complementan con otras leyes federales.³⁷

Al año siguiente una tesis de un TCC consideró que “...es factible que una disposición ordinaria pueda ser declarada contraria a un tratado internacional [...], si sus postulados contravienen a los contenidos sustanciales del instrumento internacional,

³⁴ DOUZINAS, Costas. **The End of Human Rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000, *passim*. Según Gearty, los dos grandes resultados que siguieron a 1945 fue la internacionalización de los derechos humanos, y, basados en ellos, la consolidación de la democracia liberal, principalmente en los países derrotados en la guerra. De la misma forma que en 1945, los acontecimientos ocurridos a partir de 1989 produjeron un proceso a gran escala de “construcción de naciones” basados en los grandes principios de democracia y derechos humanos. GEARTY, Conor. Spoils for which victor? Human rights within the democratic state. In: GEARTY, Conor; DOUZINAS, Costas (Ed.). **The Cambridge Companion to Human Rights Law**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 214.

³⁵ Principalmente, entiéndase la obligación de que ninguna parte firmante de un tratado podrá invocar su derecho interno para justificar su incumplimiento. **Vienna Convention on the Law of Treaties**. 1155 U.N.T.S. 331. Vienna: United Nations. 1969.

³⁶ Bajo esta nueva interpretación, la Suprema Corte, expresamente asume que, si bien no existe duda respecto a la supremacía de la Constitución—ya que las leyes federales deben emanar de la misma y ser aprobadas por el Congreso, y que los tratados deben estar de acuerdo con ella—, los tratados se encuentran en un segundo plano inmediatamente por debajo de la Constitución y por encima del derecho federal y el local, ya que “los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades”. La Corte añade que en materia de tratados no existe limitación competencial entre órdenes de gobierno en tanto que pueden “obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas”. Por lo tanto, ubica, en un tercer plano, al derecho federal y al local en una misma jerarquía, en tanto que regulan diferentes competencias. SCJN. Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, n. P. LXXVII/99, 1999. Es pertinente recordar la decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Medellín v. Texas*—producto del litigio entre México y Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia, conocido como *Avena*—en donde, contrariamente, se establece que incluso si un tratado internacional puede constituir un compromiso internacional, no es vinculante para el derecho interno a menos que el Congreso haya promulgado algún estatuto para implementarlo, o bien que el tratado sea “autoejecutable”. **Medellín v. Texas**. United States Reports, 552 U.S. 491, 2008.

³⁷ SCJN. Tratados internacionales. Su aplicación cuando amplían y reglamentan derechos fundamentales. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XX, Septiembre de 2004, n. I.4o.A.440 A., 2004.

cuya jerarquía se ubica en un plano superior a la legislación ordinaria”.³⁸ Dicha tesis vuelve a confirmar el criterio de la superioridad jerárquica de los tratados sobre las leyes federales y más aún declara inconstitucional una norma por su inconsistencia con un instrumento internacional.

Este criterio, seguido por diversos tribunales, es refrendado por el Pleno de la Suprema Corte en 2007, con una tesis que afirma que es posible “identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales” y que, a través de la interpretación, es posible concluir que los tratados se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución y por encima de las leyes federales y locales, ya que el Estado al momento de suscribirlos, de acuerdo con la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados y “además atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario ‘pacta sunt servanda’, contrae libremente obligaciones [...] que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone [...] una responsabilidad de carácter internacional”.³⁹

La tendencia jurisprudencial materializada en los últimos criterios expuestos comienza a mostrar una apertura a la normativa internacional, pero al mismo tiempo evidencia una creciente problemática: el razonamiento jurisprudencial con relación al texto del artículo 133 constitucional, hace referencia genérica a los tratados internacionales, por lo que, una mayor flexibilidad ante los tratados de derechos humanos podría ser igualmente aplicable aquellos de carácter económico e incluso los meramente políticos.

3.4. Hacia un cambio de paradigma

Frente al ‘triunfo’ de los derechos humanos internacionales,⁴⁰ el principio tradicional de supremacía constitucional comenzó a cuestionarse a nivel mundial. De la misma forma, nuevos criterios jurisprudenciales sostenían que los tratados de derechos humanos, exclusivamente, debían ubicarse a nivel de la Constitución cuando existiera

³⁸ SCJN. Tratados Internacionales. La Norma programática prevista en la fracción III, inciso b) del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, es contraria al artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXI, Mayo de 2005, n. II.1o.P.137 P, 2005.

³⁹ SCJN. Tratados internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la Unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXV, n. P. IX/2007, Abril 2007.; Otros criterios refieren a la supremacía de la Constitución, pero sin determinar exactamente la jerarquía de los tratados: SCJN. Supremacía constitucional y ley suprema de la Unión. Interpretación del artículo 133 constitucional. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXV, Abril de 2007.; n. P. VIII/2007, p. Pág. 6, 2007; y SCJN. Derechos humanos, Los tratados internacionales suscritos por México sobre los. Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXVIII, Agosto de 2008, n. I.7o.C.46 K, 2010.

⁴⁰ DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing, 2000, passim.

un conflicto normativo, ya que los tratados debían concebirse como una extensión de lo previsto por la Constitución.⁴¹

En este sentido, en el amparo directo en revisión 908/2006, el ministro de la Suprema Corte José Ramón Cossío Díaz, en voto concurrente, expresó:

*Al ser los tratados de derechos fundamentales [...] instrumentos jurídicos que buscan garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano, difícilmente podrían oponerse a la intención que plasmó el Constituyente y al texto mismo de la Constitución, aun en aquellos casos que la norma suprema establece restricciones que pudieran considerarse insuperables, pues en estos casos, tomando en cuenta los derechos que protegen, esas restricciones deben ser interpretadas de manera progresiva con los tiempos y las condiciones de vida actuales.*⁴²

La postura expresada por Cossío tuvo acogida, en mayor o menor medida, en la interpretación jurisprudencial a finales de la primera década del siglo XXI como veremos posteriormente.

3.4.1. Control constitucional y convencional a partir del caso Radilla

El cambio más radical en la interpretación jurisprudencial mexicana en materia de derechos humanos es, quizá, el que generó la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [en adelante Corte IDH] en el año de 2009 en el caso Radilla Pacheco vs. México,⁴³ y en el análisis que hizo la Suprema Corte para examinar y orientar al Estado a la luz de las obligaciones producto de dicha sentencia.⁴⁴

La resolución de la Corte IDH en el Caso Radilla determinó que el Estado mexicano era responsable de la violación de los derechos a la libertad, a la integridad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de Rosendo Radilla Pacheco y su familia.⁴⁵ La Corte IDH obligó a México entre otras cosas a adoptar reformas legislativas para compatibilizar la legislación penal y militar con los instrumentos jurídicos internacionales.⁴⁶

⁴¹ Amparo Directo 1060/2008. **9a. Época; T.C.C.; S.J.F.**, Tomo XXXI, p. 2079, Mayo 2010.

⁴² Amparo Directo en Revisión 908/2006. **9a Época. 1a Sala. S.J.F. y su Gaceta**, 18 de abril 2007.

⁴³ **Radilla Pacheco vs. México**. Corte IDH. Serie C, 215. 2010. El caso analizó la participación de militares en la desaparición forzada de Rosendo Radilla en 1974.

⁴⁴ **Varios 912/2010**. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2011.

⁴⁵ La Corte IDH además determinó que México incumplió su deber de adoptar disposiciones de derecho interno con relación a disposiciones aplicables del sistema interamericano respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada. **Radilla Pacheco vs. México**. Corte IDH. Serie C, 215. 2010.

⁴⁶ Al respecto, debe citarse el contenido del artículo 2 de la Convención Americana que establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades ahí

En acato a lo dispuesto por la Corte IDH en el caso Radilla, la Suprema Corte tuvo que analizar, por primera vez, la autoridad de dicho tribunal internacional para obligar a México a cumplir con sus decisiones. El 14 de julio de 2011, después de un largo debate en torno al expediente 912/2010, el Pleno de la Suprema Corte, por unanimidad de once votos, reconoció que los fallos condenatorios de la Corte IDH son vinculantes para México, así como que sus criterios interpretativos son orientadores para el los jueces.⁴⁷

La resolución de la Suprema Corte, además, analizó otros temas importantes, como el control difuso de constitucionalidad, figura rechazada por décadas en el derecho mexicano,⁴⁸ que permite a todos los jueces, tanto federales como locales, interpretar directamente la Constitución y los tratados internacionales en los casos que se les presenten. La Suprema Corte determinó que se debía ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, y también se determinó la capacidad de todos los jueces mexicanos—federales y locales—para interpretar y aplicar las normas constitucionales y convencionales de manera directa, es decir, realizar control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad.⁴⁹

En su fallo, la Suprema Corte no sólo determinó que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los jueces mexicanos, sino que, además, no se requiere, para tal efecto, que México haya sido parte en el litigio, siempre y cuando dicha provisión sea más favorable para la persona, es decir que los jueces mexicanos deben atender todas las resoluciones de la Corte IDH, y no sólo aquellas en las que México haya sido parte, aplicando el principio *pro persona*.⁵⁰ Lo anterior dio lugar a la tesis: “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”.⁵¹

3.4.2. *Igualdad jerárquica de los tratados de derechos humanos y de la Constitución*

Otro cambio fundamental vino con un par de tesis que de alguna forma confirman y adoptan el criterio postulado por Cossío en el Amparo 908/2006 con relación a que los tratados internacionales en materia de derechos humanos deben ubicarse al mismo nivel de la Constitución.

consagrados. **Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)** San José: Organización de los Estados Americanos. 1969.

⁴⁷ **Varios 912/2010.** Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2011.

⁴⁸ TENA RAMÍREZ, Felipe. **Derecho Constitucional Mexicano**. 32. ed. México: Porrúa, 1998, *passim*.

⁴⁹ **Varios 912/2010.** Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2011.

⁵⁰ **Varios 912/2010.** Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2011.

⁵¹ SCJN. Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. **[J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.;** Libro 5, Tomo I, Abril de 2007; n. P./J. 21/2014 (10a.). 2014.

Una tesis aislada de mayo de 2010 consideró que cuando existieran conflictos en relación con derechos humanos, los tratados debían ubicarse a nivel constitucional, pues debían considerarse como una extensión de lo previsto en la Constitución. Aún más, establece que las autoridades deben respetar dichos tratados, por lo que “bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial”.⁵² Además, el mismo tribunal emitió otra tesis confirmando la capacidad de los jueces de ejercer, tanto un control de constitucionalidad, como uno de convencionalidad, en los casos en que fuera aplicable.⁵³

Estas tesis, entonces, establecen tres criterios innovadores: a) que ante un conflicto sobre derechos humanos, los tratados deben ubicarse al mismo nivel de la Constitución; b) que las autoridades mexicanas están vinculadas por la jurisprudencia de tribunales internacionales para la interpretación y cumplimiento de derechos humanos; y c) la aplicabilidad del principio pro persona, que implica acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva tratándose de protección de derechos, y, de manera opuesta, a la norma o interpretación más restringida, tratándose de límites a su ejercicio.⁵⁴ Una de estas tesis especificó lo siguiente:

*Los tratados o convenciones [...] relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución [...] porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.*⁵⁵

3.5. Ad Contradictio: de vuelta al statu quo ante

Simultáneamente al anterior criterio, se emitieron otros que no sólo reivindicaban la posición más consolidada de la jerarquía normativa, sino que contradecían su

⁵² SCJN. Tratados internacionales. Cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXXI n. XI.1o.A.T.45 K., 2010. Como se verá posteriormente, el criterio adoptado en esta tesis se abandonó por contradicción, y, en su lugar, se emitieron las tesis jurisprudenciales P/J. 20/2014 (10a.) y P/J. 21/2014 (10a.).

⁵³ SCJN. Control de convencionalidad en sede interna. Los tribunales mexicanos están obligados a ejercerlo. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXXI n. XI.1o.A.T.47 K, p. Pág. 1932, 2010.

⁵⁴ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013.

⁵⁵ SCJN. Tratados internacionales. Cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXXI n. XI.1o.A.T.45 K., 2010.

interpretación. Este otro criterio argumentó que, en efecto, los tratados internacionales podían ser invocados para analizar casos de violaciones a los derechos humanos, toda vez que son parte de un sistema jurídico con base en el principio de que “las leyes se hicieron para servir al hombre, por lo que es posible llevar a cabo todas las acciones necesarias para restituir o resarcir a las personas en el goce de sus derechos”. Sin embargo, confirmó la posición dominante de infraconstitucionalidad de los tratados internacionales.⁵⁶ La tesis establece lo siguiente:

*Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución [...] De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales [...] por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México.*⁵⁷

Este criterio confirmó que los tratados internacionales podían ser invocados en casos de violaciones a derechos humanos pero afirmó que su rango seguía siendo infraconstitucional. Al mismo tiempo reconoció, por un lado, que era obligatoria la aplicación del principio pro persona, y, por otro, que las decisiones de Corte IDH servían como criterios para la interpretación de derechos humanos.⁵⁸

3.5.1. Configuración de una ‘nueva’ narrativa: la C.T. 293/11

En efecto, los anteriores criterios resultaron divergentes e incluso opuestos con relación a varios puntos jurídicos: a) la posición jerárquica de los tratados en materia de derechos humanos con relación a la Constitución; b) el carácter de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH; y c) el control de convencionalidad.⁵⁹ Esto llevó la Suprema Corte a dirimir dicha contradicción y, además, armonizar el artículo primero con el artículo 133 constitucional. Aún cuando ambos criterios contradictorios ocurrieron bajo un marco constitucional diferente, previo a la reforma de 2011, la Suprema Corte estimó analizar el caso bajo el marco vigente posterior a la reforma, debido a que, en

⁵⁶ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013.

⁵⁷ SCJN. Derechos humanos, Los tratados internacionales suscritos por México sobre los. Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXVIII, Agosto de 2008, n. 170.C.46 K, p. Pág. 1083, 2008.

⁵⁸ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013.

⁵⁹ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013.

la perspectiva de la Corte, los asuntos analizados se encontraban estrechamente vinculados a dichos cambios.⁶⁰

La Suprema Corte determinó que, en efecto, existía contradicción entre los mencionados criterios, toda vez que, por un lado, se sostuvo que los tratados internacionales se encuentran por debajo de la Constitución,⁶¹ mientras que, por otro, se alegó que, ante un conflicto en materia de derechos humanos, los tratados debían ubicarse al mismo nivel de la norma fundamental.⁶²

La C.T. 293/11, se enfocó, entonces, en resolver la contradicción relativa a la situación jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos *vis-á-vis* la Constitución. Al respecto, la Corte concluyó en su resolución del dos de septiembre de dos mil trece que las normas contenidas en tratados internacionales que reconocen derechos humanos tienen la misma fuerza normativa que las contenidas en la Constitución, pero que, cuando en la misma haya una restricción expresa al ejercicio de dichos derechos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional.⁶³

En cuanto a los otros puntos identificados por la Corte, se determinó que, ciertamente, un criterio había considerado a la jurisprudencia de la Corte IDH como criterio meramente orientador, mientras que otro le había otorgado un carácter obligatorio. El segundo punto resolutivo, adoptó el criterio de que la jurisprudencia emitida por la Corte IDH es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. Con relación al tercer y último punto, toda vez que ambos tribunales

⁶⁰ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013. Es pertinente mencionar aquí, que en el análisis que hace la Suprema Corte en la resolución 293/11 sobre las interpretaciones históricas acerca de la posición jerárquica de los tratados internacionales con respecto a la Constitución, no se citan varios de los criterios jurisprudenciales que he mencionado hasta ahora. En la resolución se identifica como primera tesis relevante en la materia aquella de 1992 de rubro “Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa”, y omite varias tesis relevantes previas.

⁶¹ SCJN. Derechos humanos, Los tratados internacionales suscritos por México sobre los. Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos. [TAJ]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXVIII, Agosto de 2008, n. I.7o.C.46 K, p. Pág. 1083, 2008.

⁶² SCJN. Tratados internacionales. Cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución. [TAJ]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXXI n. XI.1o.A.T.45 K., 2010.

⁶³ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013. Si bien es cierto que el último proyecto de resolución planteado para el caso de la C.T. 293/11 no fue aceptado de manera unánime, este criterio se aprobó con una con mayoría de diez votos a favor y sólo un voto en contra, el del ministro Cossío, quien había expresado, en repetidas ocasiones durante los debates, que la Corte no podía considerarse por encima de los tratados de derechos humanos. Cossío votó en contra del proyecto argumentando que, este fallo particular, no establecía una regla general a seguir cuando hubiera un conflicto entre un tratado y la constitución, que permitiera a los jueces decidir el asunto sobre una base caso por caso. Antes bien, dicho punto aprobado por la Corte provocaría que cada vez que hubiera un conflicto entre un tratado y la constitución, el juez tendría que interpretar y decidir en consecuencia, alterando, así, el propósito original de las discusiones para crear una regla general sobre la jerarquía de los derechos humanos y el derecho internacional *vis-á-vis* el derecho interno.

sostuvieron la pertinencia del control de convencionalidad, se determinó que no existía contraposición al respecto.⁶⁴

3.5.2. *La narrativa de la “regularidad constitucional” y del “bloque de constitucionalidad”*

La resolución de la Suprema Corte en la C.T. 293/11 dio lugar a dos tesis jurisprudenciales. La primera, establece que “las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, [...] cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”⁶⁵

Esta tesis expresa que el contenido del principio de supremacía no ha cambiado, lo que “evoluciona” a raíz de las reformas de 2011 “es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía”. Es decir, con los tratados se amplía el catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución, el que se considera como “parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional”, es decir se convierte en parte de la Constitución y por ende no le sustituye.⁶⁶ Este concepto fue denominado bloque de constitucionalidad.

La segunda tesis, que desarrolla el llamado ‘parámetro de regularidad constitucional’, y que confirma la postura de supremacía constitucional frente a los tratados internacionales enfatiza que la “Leyes del Congreso de la Unión” a las que se refiere el artículo 133 corresponden a las leyes que inciden en “todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano” y no sólo las federales, ya que la emisión de todas ellas derivan de cláusulas constitucionales, de tal forma, el principio de supremacía constitucional “claramente se traduce” en que la Constitución, las leyes generales del Congreso y los tratados internacionales, constituyen dicha “Ley Suprema de la Unión”, ya que conforman un “orden jurídico superior” en donde la Constitución “se ubica en la cúspide” y, por debajo de ella, cualquier otro ordenamiento.⁶⁷

⁶⁴ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013.

⁶⁵ SCJN. Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F., Libro 5, Tomo I, Abril de 2014, n. P./J. 20/2014 (10a.), 2014.

⁶⁶ SCJN. Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F., Libro 5, Tomo I, Abril de 2014, n. P./J. 20/2014 (10a.), 2014.

⁶⁷ SCJN. Supremacía constitucional y ley suprema de la Unión. Interpretación del artículo 133 constitucional. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta, Tomo XXV, n. P. VIII/2007, Abril 2014.

3.5.3. *La ‘nueva’ jerarquía normativa en México*

Hasta el momento he seguido una trayectoria mayormente lineal siguiendo los criterios jurisprudenciales de acuerdo a su temporalidad, e insertándolos en el marco conceptual. Pero aquí es necesario un breve paso atrás. Previo a la C.T. 293/11 hubo una tesis jurisprudencial, independiente a los criterios anteriormente citados, que interpreta la jerarquía normativa del artículo 133 a raíz de la reforma al artículo primero constitucional.

Esta tesis de 2012 de la segunda sala de la Suprema Corte enuncia que la reforma de 2011 no modifica el contenido del citado artículo 133 en cuanto a que categóricamente ordena que las limitaciones y restricciones al ejercicio de los derechos humanos sólo pueden establecerse en la Constitución, lo que es acorde con el principio de supremacía constitucional.⁶⁸

Dicha tesis concluye que las leyes y los tratados internacionales se encuentran en un plano jerárquicamente inferior al de la Constitución, haciendo un razonamiento idéntico a aquel de 1999,⁶⁹ en cuanto a que, de la misma lectura del artículo, las leyes federales y los tratados deben emanar o estar de acuerdo, respectivamente, con la Constitución. En esta ocasión la Sala de la Corte agregó que, ya que otros preceptos constitucionales no fueron afectados, tanto el derecho interno como los tratados internacionales, pueden ser sometidos al control constitucional a través de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo.

La tesis enfatizó que el artículo reformado reconoce “limitaciones y restricciones” al ejercicio de los derechos humanos sólo cuando estén establecidas en la Constitución y no en los tratados, “disposición que [también] resulta acorde con el principio de supremacía constitucional”. El razonamiento va más allá al afirmar que el principio de supremacía es también reconocido en el derecho internacional a través del artículo 46 de la Convención de Viena,⁷⁰ al prever la posibilidad de aducir, como vicio en el consentimiento, la existencia de una violación manifiesta que afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.⁷¹ La Sala de la Corte refrendó, entonces,

⁶⁸ SCJN. Supremacía constitucional. La reforma al artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 10 de junio de 2011, respeta este principio. [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3, n. 2a. LXXV/2012 (10a.). 2012.SCN.

⁶⁹ SCJN. Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, n. P. LXXVII/99, 1999.

⁷⁰ **Vienna Convention on the Law of Treaties. 1155 U.N.T.S. 331. Vienna: United Nations. 1969.**

⁷¹ SCJN. Supremacía constitucional. La reforma al artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 10 de junio de 2011, respeta este principio. [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3, n. 2a. LXXV/2012 (10a.). 2012.

el principio de supremacía constitucional, e, indirectamente, la visión dominante de la jerarquía normativa.⁷²

Las nuevas narrativas después de la C.T. 293/11, en suma, reconocen la supremacía de las normas de derechos humanos cuando éstas sean más favorables para la persona. Empero, sostienen que son los derechos humanos incluidos en tratados internacionales los que se insertan al catálogo de derechos constitucionales, gozando así de supremacía constitucional, pero no así los tratados como tal. En este sentido, los derechos se desvinculan de su fuente al integrarse al catálogo constitucional, por lo que no puede decirse que son los tratados los que gozan de jerarquía constitucional, sino los derechos que contienen. Asimismo, aunque los jueces siempre deben buscar la interpretación más favorable, sin importar la fuente de la garantía, la Constitución permanece como norma fundamental, lo que implica que el resto de las normas deben ser acordes con la misma. Entonces, cuando haya, en la norma fundamental, una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, aunque provengan de tratados internacionales, se deberá estar a lo que indica la Constitución.⁷³

4. REFLEXIONES SOBRE LAS ‘NUEVAS’ NARRATIVAS DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DE LA JERARQUÍA NORMATIVA EN MÉXICO

La reforma al artículo primero constitucional cambió el contexto de la interpretación de los derechos humanos en México, y, como vimos anteriormente, generó conflictos sobre cómo interpretar los tratados de derechos humanos respecto al artículo 133 constitucional.

La Corte concluyó que la reforma al artículo primero amplió el catálogo de derechos humanos previsto en la Constitución, los cuales se fusionan en una suerte de bloque de supremacía constitucional, en el que los derechos humanos comparten supremacía con otras normas constitucionales, de manera que, al referirse a derechos provenientes de ordenamientos internacionales, es como si se estuviera refiriendo a los derechos contenidos en la misma Constitución. En este sentido, las normas de derechos humanos, sin importar su fuente, deben acatar y seguir la suerte de cualquier disposición constitucional, respetando las reglas de validez y ejercicio establecidas por ella.

⁷² Posteriormente, el Pleno de la Suprema Corte, como ya mencioné, analizaría nuevamente la jerarquía de los tratados internacionales respecto de la Constitución en la C.T. 293/11.

⁷³ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013.

Seguido de esto, cualquier restricción expresa al ejercicio de derechos humanos dentro de la Constitución, prevalecería sobre el tratado internacional que contenga la norma restringida y sobre la norma en sí.

Ahora bien, la Suprema Corte estableció que la conformidad de las normas internacionales de derechos humanos con la Constitución, para efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico, debe cumplir con “el requisito de validez material de naturaleza especial” previsto en el artículo quince constitucional—exigido únicamente respecto a tratados que contengan normas de derechos humanos—, de que su contenido no menoscabe el catálogo constitucional de derechos.⁷⁴

Aquí, la Corte establece otro criterio fundamental, esto es, la desvinculación del derecho humano de su fuente. En este sentido, las normas específicas, y no el tratado en su conjunto, se integran al “parámetro de regularidad” contenido en el artículo primero constitucional. De tal forma, dichas normas se convierten en parte del “catálogo constitucional de derechos”, desvinculándose de su fuente y su jerarquía normativa, para, así, gozar de supremacía constitucional.⁷⁵

*[E]l catálogo de derechos humanos comprende tanto los que se encuentran expresamente reconocidos en la Constitución como aquéllos contemplados en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano. En este orden de ideas, la supremacía constitucional se predica de todos los derechos humanos incorporados al ordenamiento mexicano, en tanto forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo. Esta conclusión se refuerza con el mandato expreso del Poder Reformador de permitir que los derechos humanos de fuente internacional puedan ser empleados como parámetro de validez del resto de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico mexicano, dentro de las cuales se incluyeron expresamente los propios instrumentos internacionales.*⁷⁶

Razonando sobre el argumento anterior, la Suprema Corte se cuestiona: ¿cómo es posible que una norma, cuya existencia y validez depende de la Constitución, establezca junto con normas constitucionales, el parámetro de control de la validez de todas las demás normas del ordenamiento jurídico?

En respuesta, la Corte propone “la disociación de dos momentos”. Esto es, concebir un primer momento en que el instrumento internacional se incorpora al orden jurídico tras haber cumplido con los requisitos formales de validez establecidos en la

⁷⁴ El artículo quince constitucional estipula: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

⁷⁵ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013.

⁷⁶ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013.

Constitución; y un segundo momento en que, una vez incorporado al orden jurídico, debe satisfacer requisitos materiales de validez, es decir, la conformidad del tratado con la Constitución, entendida como que el instrumento internacional “no contraría las normas constitucionales y específicamente que no afecte los derechos humanos previstos en la propia Constitución y en otros tratados internacionales”.

En este razonamiento la Corte distingue entre “dos dimensiones de la regularidad normativa”, la “vigencia” o “existencia” de las normas, o validez formal; y su validez material. Así, “el incumplimiento de los requisitos de forma conduciría a concluir que un tratado internacional no es derecho vigente en México”, mientras que “la no satisfacción de los requisitos materiales obligaría a declarar su invalidez”.⁷⁷ Respecto a la validez material, la Corte establece lo siguiente:

[P]uede decirse que el requisito previsto en el artículo 133 constitucional refuerza la interpretación de que los tratados internacionales se encuentran en una posición jerárquica inferior a la Constitución, mientras que el requisito previsto en el artículo 15 constitucional garantiza que, con independencia de la jerarquía normativa del instrumento que las reconozca, las normas internacionales de derechos humanos, y no el tratado en su conjunto, se integren al parámetro de regularidad contenido en el artículo 1º constitucional.⁷⁸

Lo anterior puede leerse como que sólo los derechos específicos contenidos en un tratado internacional, que cumplan con el requisito material, entran al catálogo constitucional, desvinculándose de su fuente y de su jerarquía normativa, para gozar de supremacía constitucional. Según la Corte, su interpretación de la dimensión de validez material coincide plenamente con el principio de progresividad de los derechos humanos, ya que su incorporación se debe analizar conforme a los principios de interpretación conforme y de progresividad, así como con el principio pro persona.⁷⁹

Sin embargo, lo anterior no queda claro, ya que la Corte estaría sugiriendo que, dentro de un análisis sobre la dimensión de validez material de una norma de fuente internacional, ésta se debe someter a un análisis de proporcionalidad o a una máxima de racionalidad como lo es el principio pro persona.⁸⁰ Lo anterior, permitiría asumir que, en última instancia, si una norma de fuente internacional ofrece mayor protección o restringe en menor medida un derecho humano, entonces podría prevalecer por

⁷⁷ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013.

⁷⁸ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013.

⁷⁹ **Contradicción de Tesis 293/2011.** SCJN. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, 2013.

⁸⁰ CIANCIARDO, Juan. **El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo.** 1. ed. Buenos Aires: AdHoc, 2007, p. 285-287.

encima, incluso, de la norma constitucional restrictiva. Sin embargo, la conclusión de la Corte en este punto establece precisamente lo contrario.

El bloque de supremacía constitucional que plantea la Suprema Corte funciona como un escudo que opera en dos momentos. Primero, al momento del análisis de validez material de un tratado internacional que se incorpora al marco jurídico mexicano, ubicando, *a priori*, a la fuente internacional del derecho en cuestión, por debajo de la Constitución, solucionando cualquier argumentación sobre la jerarquía normativa superior del instrumento internacional. En un segundo momento, una vez que se extrajo al derecho del instrumento en cuestión, es decir, una vez que se le desvinculó de su fuente y se le incluyó en el bloque de supremacía constitucional, éste funciona para someter al derecho a un análisis de su validez frente a, y en relación con otros derechos y disposiciones constitucionales, incluidas las restricciones a su ejercicio. Ahora bien, la Corte no es clara en este sentido, es decir, no establece criterios claros, y parece que el segundo nivel de análisis de validez material se limita a un criterio meramente formal, o sea, que la limitación a un derecho sólo deba contar con rango constitucional.⁸¹

Esto contradice el argumento de que las normas internacionales, además, se deben interpretar conforme al principio *pro persona*, ya que se adelanta a dar la solución sin permitir un análisis de proporcionalidad y razonabilidad. Es decir, en el caso de la limitación o restricción a un derecho, la Corte emite una fórmula que elimina la posibilidad de cualquier análisis crítico—como sería el principio *pro persona*—al decretar que todo juzgador deberá otorgar preferencia a una limitación constitucional, por encima del derecho mismo.

En la misma lógica, con la estructuración del bloque de supremacía constitucional, se genera una problemática esencial con relación a conflictos normativos en materia de derechos humanos, la cual cuenta con dos aristas: 1) a pesar de reconocer que los derechos humanos se deben interpretar de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, la Corte interpreta la aplicabilidad de normas de fuente internacional—incluidas las de derechos humanos—bajo criterios de jerarquía normativa entre el derecho

⁸¹ Vale la pena aquí reflexionar sobre la experiencia de otros regímenes constitucionales en materia de restricción de derechos fundamentales. En el caso alemán, por ejemplo, la Ley Fundamental establece todo un artículo sobre la limitación de derechos: “Artículo 19. Restricción de los derechos fundamentales. (1) Cuando de acuerdo con la [...] Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial [...]”, **Ley Fundamental de la República Federal de Alemania**. Alemania: Boletín Oficial Federal. 1949. Por otro lado, el artículo 53.1 de la Constitución Española establece: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a), **Constitución Española**. España: 1978. En ambos casos, la regulación o limitación de derechos fundamentales depende del requisito material de contenido esencial.

internacional y el derecho interno, es decir, zanja el viejo debate de las jerarquías, confirmando la hegemonía de la Constitución y reafirmando el principio de supremacía constitucional; y 2) despoja a los derechos de su fuente, los somete a un segundo nivel de análisis de validez material, que no es necesariamente claro, pero que parece apelear a una simple dimensión formal, que, al final, anula la capacidad de resistencia a la restricción, propia de los derechos humanos, y con ello, además, limita la naturaleza operativa crítica del principio pro persona.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Sin duda, la postura mantenida por México respecto al papel del derecho internacional dentro del derecho interno contrasta con su actividad en el plano internacional donde ha firmado y ratificado una gran cantidad de tratados internacionales, muchos de ellos en materia de derechos humanos. Además de estar vinculado a los tratados relativos, México es miembro activo de organizaciones internacionales como la ONU—y sus organismos—así como otros organismos regionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de haber aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH.⁸²

Sin duda, la actitud de México respecto a sus obligaciones en materia de derechos humanos refleja un cierto desequilibrio jurídico-institucional, ya que, por un lado, la firma de tratados y la aprobación de reformas que tienden a ser mayormente garantistas, van seguidas de regulaciones represivas o interpretaciones limitativas, como ya apunté anteriormente.

A pesar de los virajes legislativos y jurisprudenciales, México parece confirmar, en última instancia, un sistema jurídico relativamente rígido. Su proactividad en el orden jurídico internacional a veces contrasta con un cierto proteccionismo de las interpretaciones tradicionales y originalistas del texto constitucional vigente desde 1917,⁸³ y su interpretación *vis-à-vis* el derecho internacional, genera criterios equívocos y discordantes, pero siempre refrenda una visión tradicionalista de la supremacía constitucional.⁸⁴

⁸² México depositó el instrumento de ratificación—o adhesión— de la Corte IDH el 24 de marzo de 1981, sin embargo, su jurisdicción no fue aceptada inmediatamente. La aceptación de la jurisdicción contenciosa se produjo hasta el 16 de diciembre de 1998.

⁸³ La vigencia del texto constitucional debe matizarse con la aclaración de las múltiples reformas que ha sufrido. Hasta agosto del año 2020, México había emitido 242 decretos de reforma que se han traducido en cambios a varios artículos del texto fundamental, desde la Primera hecha por Álvaro Obregón del artículo 73 y el decimocuarto transitorio en 1921, hasta la reforma del artículo cuarto por Andrés Manuel López Obrador en 2020. CÁMARA DE DIPUTADOS. **Reformas Constitucionales**. México, 2020. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm>. Acceso en: Sep. 16.

⁸⁴ Existen posturas que buscan acercar principios tradicionales como el de supremacía constitucional a una nueva realidad globalizada. Por ejemplo, Ferrajoli, plantea repensar el constitucionalismo, ante la necesidad de diseñar garantías constitucionales tanto a nivel nacional como supranacional, y propone el constitucionalismo

Aunque en materia de derechos humanos las disposiciones constitucionales han tendido a ser mayormente receptivas de las normas internacionales, se ha refrendado la jerarquía inferior del derecho internacional y se ha mantenido siempre incólume el principio de tradicional de supremacía constitucional. Más aún, se ha reivindicado la posibilidad de establecer de manera constitucional restricciones a los derechos humanos en afrenta a instrumentos internacionales obligatorios para México. Esta postura se contrapone a la Convención Americana en su artículo 29, que es específica en no permitir la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; o bien limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de los Estados Partes o de acuerdo con otro instrumento internacional.⁸⁵

Al final, las visiones de cómo México debe afrontar sus obligaciones internas e internacionales en materia de derechos humanos resultan opuestas y contradictorias. El derecho constitucional mexicano parece querer mantener una postura rígida ante el derecho internacional, y a pesar de la consolidación global de los derechos humanos y del derecho internacional, los interpretes constitucionales parecen seguir concibiendo a este último como normatividad de segundo grado.⁸⁶

6. REFERENCIAS

ARTEAGA NAVA, Elisur. **Derecho Constitucional**. 2. ed. México: Oxford University Press, 2001.

BURGOA, Ignacio. **Derecho Constitucional Mexicano**. 8. ed. México: Porrúa, 1991.

CÁMARA DE DIPUTADOS. **Reformas Constitucionales**. México, 2020. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm>. Acceso: Sep. 16.

CARPIZO, Jorge. La interpretación del artículo 133 constitucional. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Nueva Serie, año II, n. 4, ene./abr., 1969.

CIANCIARDO, Juan. **El ejercicio regular de los derechos: Análisis y crítica del conflictivismo**. 1. ed. Buenos Aires: AdHoc, 2007.

CRAWFORD, James. **Brownlie's Principles of Public International Law**. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

global FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría de la Constitución**. México: Porrúa, 2000. p. 397, passim. A su vez, Habermas plantea la cuestión de un constitucionalismo global, HABERMAS, Jürgen. Plea for a constitutionalization of international law. **Philosophy and Social Criticism**, vol. 40, n. 1, p. 5-12, 2014, passim. Zagrebelsky propone a su vez una reconstrucción que de lugar a un nuevo constitucionalismo dúctil. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999, passim.

⁸⁵ **Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)** San José: Organización de los Estados Americanos. 1969.

⁸⁶ ARTEAGA NAVA, Elisur. **Derecho Constitucional**. 2. ed. México: Oxford University Press, 2001, p. 21-23.

DOUZINAS, Costas. **The End of Human Rights**. Oxford: Hart Publishing, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría de la Constitución**. México: Porrúa, 2000.

GEARTY, Conor. Spoils for which victor? Human rights within the democratic state. In: GEARTY, Conor; DOUZINAS, Costas (Ed.). **The Cambridge Companion to Human Rights Law**. New York: Cambridge University Press, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Plea for a constitutionalization of international law. **Philosophy and Social Criticism**, vol. 40, n. 1, p. 5-12, 2014.

KELSEN, Hans. **Principles of International Law**. 2. ed. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1966.

NACIONES UNIDAS. **Vienna Convention on the Law of Treaties**. O.N.U.: May 23. 1969.

RAMSEY, Michael D. The Supremacy Clause, Original Meaning, and Modern Law. **Ohio State Law Journal**, vol. 74, n. 4, 2013.

RODRÍGUEZ FERREIRA, Octavio. El nuevo sistema penal acusatorio en México. In: OCTAVIO RODRÍGUEZ FERREIRA; SHIRK, David A. (Ed.). **La reforma al sistema de justicia penal en México**. San Diego: Justice in Mexico, University of San Diego, 2013.

SAMAR, Vincent. Two Understandings of Supremacy: An Essay. **Richmond Journal of Global Law and Business**, vol. 9, n. 4, p. 339-380, 2010.

SHIRK, David. Criminal Justice Reform in Mexico: An Overview. **Mexican Law Review**, vol. 3, n. 2, p. 189-228, 2011.

SHIRK, David A. Reforma de la Justicia Penal en México. In: RODRÍGUEZ FERREIRA, Octavio; SHIRK, David (Ed.). **La reforma al sistema de justicia penal en México**. San Diego: Justice in Mexico, 2013.

TENA RAMÍREZ, Felipe. **Leyes Fundamentales de México 1808 - 1997**. 20. ed. México: Porrúa, 1997.

TENA RAMÍREZ, Felipe. **Derecho Constitucional Mexicano**. 32. ed. México: Porrúa, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. VILLORO, Luis. Sobre el principio de injusticia: la exclusión. **Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política**, n. 22, p. 103-142, 2000.



Constitucionalismos en clave trialista

Constitutionalisms in a three-dimensional perspective

MARÍA ISOLINA DABOVE^{1,*}

¹ Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

isolinadabove@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0002-7577-3812>

Recibido/Received: 02.11.2020 / November 2nd, 2020

Aprobado/Approved: 24.07.2021 / July 24th, 2021

Resumen

Este trabajo estudia el constitucionalismo desde la Filosofía y la Teoría del Derecho, utilizando el marco de la teoría trialista. Se analiza el contexto de descubrimiento, la complejidad de sus orígenes y del escenario latinoamericano. Aborda el contexto de justificación a fin de corroborar la tesis de la tridimensionalidad de este fenómeno jurídico: los repartos de poder y las alianzas estratégicas (hechos), los derechos humanos como instrumento de positivación, y los estándares valorativos. También indaga el contexto de aplicación actual, observando los alcances sociológicos, normativos y dixelógicos y el porvenir del constitucionalismo en Latinoamérica.

Palabras clave: constitucionalismos; complejidad jurídica; orígenes-justificación; aplicación; Latinoamérica.

Abstract

This paper studies constitutionalism from Philosophy and Legal Theory, using the framework of a tree-dimensional theory. It analyses the context of discovery of this legal model, the complexity of its origins and the Latin American scenario. It addresses the context of justification in order to corroborate the thesis of the three-dimensionality of this legal phenomenon: the distribution of power and strategic alliances (facts), human rights as an instrument of positivity, and the axiological standards. It also investigates the current application context of this model, observing the sociological, normative and axiological implications and the future of constitutionalism in Latin America.

Keywords: constitutionalisms; legal complexity; origins-justification; application; Latin America.

SECCIONES

1. Introducción; 2. Contexto de descubrimiento; 3. Contexto de justificación; 4. Contexto de aplicación; 5. Esperanza latinoamericana; 6. Referencias.

Como citar esse artigo/How to cite this article: ISOLINA DABOVE, María. Constitucionalismos en clave trialista. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 707-729, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.77660.

* Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Lucas Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Doctora en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid (1998) y dos veces posdoctorada en la Universidad de Valladolid (2009 y 2010). Abogada recibida en la Universidad Nacional de Rosario (1988). E-mail: isolinadabove@gmail.com.

1. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo ha sido definido por la profusa doctrina actual de muy diversos modos. Por eso, como nos advierte Luis Prieto Sanchis, *“está justificado hablar de constitucionalismos, en plural”*. Así, con esta expresión podemos referirnos al menos a cuatro significados no necesariamente vinculados entre sí¹. Primero, el término alude a una filosofía política, aquélla que considera que el Estado constitucional contemporáneo representa la forma óptima (o la menos mala) de organización política (régimen de justicia o doctrina del Estado justo)². Segundo, se refiere a una filosofía del derecho (o filosofía jurídica mayor³). Este enfoque se considera que cualquier constitucionalismo es un emergente de los modos de producción y de la cultura prevalecientes, e indaga acerca de su sentido en el plano del devenir histórico. Tercero, nuestro concepto alude a una teoría del derecho (o filosofía jurídica menor⁴). Desde esta perspectiva se intenta suministrar el marco interpretativo que mejor explica el particular modo de ser de los actuales sistemas jurídicos constitucionalizados⁵. Por último, el término puede exteriorizar un modelo tecnológico jurídico, aquel que habilita el diseño y la producción de herramientas iusfundamentales adecuadas para su implementación institucional⁶.

En este trabajo nos vamos a centrar en el estudio de las perspectivas segunda y tercera del constitucionalismo, atendiendo al marco de análisis que ofrece la teoría trialista del Derecho elaborada por Werner Goldschmidt y ampliada por Miguel Angel Ciuro Caldani⁷. Para este particular enfoque, cualquier fenómeno jurídico puede ser comprendido como un objeto cultural, situado y construido históricamente, lo cual nos

¹ PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 17-71.

² PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 18.

³ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 5-8, 37-40.

⁴ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 8-18.

⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 17-19.

⁶ DABOVE, María Isolina. El derecho como complejidad de saberes diversos. **Ideas y Derecho**, Buenos Aires, n. 3, p. 95-116, 2003; PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 17-71.

⁷ Acerca de la teoría trialista que tomamos como marco teórico de este trabajo puede verse: GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 30; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas**. Metodología jurídica. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. p. 3; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho**. Rosario: Zeus, 2007. p. 5.

llevará a desarrollar una “iusfilosofía mayor”⁸. También permite analizarlo en su calidad de sistema, con estructura y funcionamiento propios, en cuyo caso haremos “filosofía jurídica menor o teoría del derecho”⁹. No obstante, es importante señalar que ambos tienen en común la asunción de un mismo presupuesto epistemológico: la complejidad de lo jurídico. De modo tal que estas lecturas están atravesadas por una condición metodológica: la postulación del carácter tridimensional del constitucionalismo, cuyas dimensiones se expresan en adjudicaciones y normas que atienden a la realización del sentido de justicia pretendido¹⁰.

Bajo estas coordenadas interpretativas, el constitucionalismo es un fenómeno jurídico caracterizado por tres componentes. Una dimensión ius-sociológica, en cuyo seno se destaca la presencia del poder adjudicatario del constituyente por encima de la voluntad del legislador¹¹. Una dimensión normológica, que nos muestra la vigencia y preeminencia de la Constitución y de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico y en la vida social. Una dimensión dikelógica o valorativa, representada por la adopción de principios elásticos, o mandatos de optimización, que exigen su cumplimiento en la mayor medida posible en los casos concretos sometidos a juzgamiento¹².

Entre los aspectos dinámicos, en cambio, la teoría trialista de Werner Golschmidt permite observar que el constitucionalismo actual otorga mayor protagonismo a los jueces a la hora de establecer el contenido específico de lo jurídico (dimensión

⁸ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 5-8, 37-40.

⁹ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 8-18.

¹⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 30; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas**. Metodología jurídica. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. p. 3; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho**. Rosario: Zeus, 2007. p. 5.

¹¹ “La Constitución que rige en el Estado Constitucional de Derecho, tiene atribuido caracteres y asume ciertos roles, que no necesariamente están presentes en las leyes supremas de los Estados de Derecho del siglo XIX” PRIETO SANCHÍS, Luis. **Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. Lima: Palestra, 2002. p. 32.

¹² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 82-87; PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre principios y normas**. Problemas del razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 53; BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 75-110.

ius-sociológica)¹³, e instaura un sistema de control judicial de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes fundado en razones dikelógicas¹⁴.

En síntesis, para este enfoque, el constitucionalismo es un campo homogéneo, una trama, tejida por componentes heterogéneos¹⁵. Es, por tanto, un sistema, resultante de las relaciones que se establecen entre elementos diversos: específicos por sus propiedades y determinados por sus funciones¹⁶. Las secciones que siguen están destinadas a reflexionar sobre la consistencia de estas afirmaciones.

2. CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO

Como ya lo anunciamos, desde el marco de la filosofía del derecho mayor, el constitucionalismo es fruto de un recorrido que puede leerse en clave tridimensional. En el marco ius-sociológico, un lugar relevante lo ocupan los factores de poder, acuerdos y costumbres que dieron lugar al preeminente plan de gobierno que pone en marcha este modelo¹⁷. Del plano normológico se destaca la impronta del proceso de positivación de los derechos humanos, que habilitó la incorporación de fuentes formales consagratorias de principios y reglas centrales del sistema¹⁸. La jurística dikelógica, en cambio, muestra la importancia que han tenido los nuevos criterios de justicia¹⁹. En especial, de aquellos que han permitido identificar las condiciones sociales y normativas de vulnerabilidad y las posibilidades concomitantes de empoderamiento de los grupos más desventajados, con más claridad que en otros tiempos.

¹³ CHAUMET, Mario.; MEROL, Andrea. ¿Es el Derecho un juego de los jueces? **La Ley**, T. 2008-D, p. 717-729; MEROL, Andrea. *Iura novit curia y decisión imparcial*. **Ius et Praxis**, Talca, año 13, n. 2., p. 379-390, 2007.

¹⁴ AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 1-25; AMAYA, Jorge Alejandro. **Democracia y minoría política**. Buenos Aires: Astrea, 2014; MIDÓN, Mario Alejandro. **Control de convencionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 2-33.

¹⁵ WAGENSBERG, Jorge. **Ideas sobre la complejidad del mundo**. 3. ed. Barcelona: Tusquet, 1985. p. 4; LEWIN, Roger. **Complejidad. El caos como generador del orden**. Trad. Juan Gabriel López Giux. Barcelona: Tusquet, 1995; MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento complejo**. Trad. Marcelo Pakman. Barcelona: Gedisa, 2007. p.7.

¹⁶ GRÜN, Ernesto. **Una visión sistémica y cibernética del Derecho**. Buenos Aires: Dunker, 2004. p.6.

¹⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 43-115; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas**. Metodología jurídica. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. p. 58-64.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 195-345; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas**. Metodología jurídica. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. p. 65-77.

¹⁹ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 369-496; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas**. Metodología jurídica. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. p. 77-93.

Junto a ello, la dinámica del constitucionalismo ha generado la existencia de un sistema jurídico abierto que hoy funciona como un espacio fluctuante y homeostático, de autorregulación. En efecto, sus componentes tridimensionales interactúan de manera simultánea, dialéctica y complementaria en dos planos diversos²⁰. De un lado, lo hacen en el marco de un proceso adaptativo que genera cambios e integración jurídica en caso de lagunas normativas, tal como fue ocurriendo en la edad contemporánea a partir de la codificación. Por otro, en su dinámica se observa también el desarrollo de procesos operativos de defensa y estabilización jurídica, tal como parece mostrar el constitucionalismo de este tiempo por vía del aparato judicial²¹.

a) Orígenes: el constitucionalismo actual es fruto del denominado “estado de derecho legislativo” en sentido estricto. Este primer constitucionalismo nació con la consolidación de los estados modernos de la edad contemporánea y dio lugar a dos sistemas jurídicos identificables entre sí. Uno de corte liberal, instaurado por la revolución francesa y la americana de fines del siglo XVIII. El segundo, de contenido social, cuyas representaciones más claras las encontramos en la Constitución mexicana de 1917 y en la alemana de 1919.

No obstante, ambos modelos tuvieron en común el hecho de colocar en el eje del sistema al poder del legislador, a su fuente más querida, la codificación, y a los principios generales del derecho y la equidad como criterios indeterminados de justificación jurídica²².

b) Escenario latinoamericano: ahora bien, el final de las guerras mundiales, la configuración de Naciones Unidas, de los sistemas regionales y de la internacionalización de los derechos humanos, junto a la clausura de los gobiernos de facto latinoamericanos, habilitaron una nueva etapa en el desarrollo de este modelo, dando lugar a un constitucionalismo más extenso y fuerte que el anterior. Entre los primeros países en consagrarlo cabe mencionar a Italia mediante su Carta Magna de 1947, a Alemania, con la Ley Fundamental de 1949, o a España con la de 1978. En Latinoamérica, este proceso se hizo visible con las reformas constitucionales de finales de los años ochenta, tal como sucedió en Uruguay, Brasil, Chile, Argentina, Colombia o más recientemente en

²⁰ Como advierte el profesor CIURO CALDANI, Miguel Angel: todas las tareas son necesarias para el cabal funcionamiento del Derecho, en tanto todas se *alimentan recíprocamente, en lo que podría llamarse una dialéctica de la complementariedad*, en “La complejidad del funcionamiento de las normas”. **La Ley**, 27 de febrero de 2008. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar/app/laley/laley/main>

²¹ GRÜN, Ernesto. **Una visión sistémica y cibernética del Derecho**. Buenos Aires: Dunker, 2004. p. 61; CANARIS, Claus-Wilhelm. **El sistema en la jurisprudencia**. Trad. Juan Antonio J. A. García Amado. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. p. 15; LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Trad. Ignacio de Otto y Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 11.

²² CARBONELL, Miguel. Sobre constitucionalismo y positivismo de Luis Prieto Sanchís. **Isonomía**, [s.l.], n. 8, abr. 1998. p. 207-209.

Bolivia, con su Constitución de 2009²³. Aunque en cada uno de estos países las reformas se debieron a circunstancias políticas muy diversas entre sí, que dieron lugar a constituciones claramente diferenciables²⁴.

No obstante, y tal como Robert Alexy nos recuerda, a consecuencia de este fenómeno el Derecho quedó organizado sobre el *“valor en vez de la norma; la ponderación en vez de la subsunción; la omnipresencia de la Constitución en vez de la independencia del Derecho ordinario; y la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de la autonomía del legislador”*²⁵.

Más aún, la adopción de este nuevo concepto de Estado fue generando la confusión de las fronteras tradicionalmente vigentes entre la Constitución y el derecho privado²⁶. Motivó el aumento de los requerimientos de los operadores jurídicos para que el juez iusprivatista formule una lectura constitucional de las cuestiones planteadas en sus jurisdicciones. Incluso, el propio derecho privado fue incorporando para sí el recurso a los principios y su método de aplicación: el juicio de ponderación, razonabilidad, o proporcionalidad²⁷. Pero también se hizo exigible la aplicación máxima de los derechos humanos constitucionalmente receptados, bajo la condición de respetar, al mismo tiempo, el orden público, la moral y las exigencias igualmente fundamentales de los demás derechos en juego²⁸.

²³ “En particular, el que pudiéramos llamar sustrato común a todo neoconstitucionalismo es justamente el Estado constitucional de Derecho, que se desarrolla principalmente en Europa a partir de la segunda guerra mundial, así como en algunos países iberoamericanos durante la última década del siglo pasado, aunque desde luego tampoco resulta extraño a la tradición norteamericana; al contrario, muchos elementos de esa tradición se han incorporado al diseño del nuevo modelo”. PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 18.

²⁴ GARGARELLA, Roberto. **Lo “viejo” del “nuevo” constitucionalismo latinoamericano**. Disponible en: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf; GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coord.). **Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas**: Un homenaje a Mark Tushnet. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

²⁵ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge Malem Seña. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 160; PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Fontamara, 1997. p. 15.

²⁶ ARCE Y FLORES-VALDES, Joaquín. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Civitas, 1991. p. 21; GARCIA TORRES, Jesús; JIMENEZ BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1986. p. 15.

²⁷ CIURO CALDANI, Miguel Angel. El capítulo “Derecho” en el Código Civil y Comercial. **Investigación y Docencia**, [s.l.], n. 49, 2015, p. 63-94; ARIZA, Ariel. Emergencia y sistema de Derecho Privado. **Jurisprudencia Argentina Lexis Nexis**, 23 de abril de 2003, p. 1-58; CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**. Buenos Aires: Abaco, Universidad Austral, 2004. p. 5.

²⁸ “Así, por ejemplo, en un Estado que sea verdaderamente constitucional, todas las personas deben gozar de la libertad y la igualdad en la mayor medida posible. De modo tal que, los límites que el Estado quiera imponer a la libertad o la igualdad de una persona deben estar justificada en una razón válida y razonable. Caso contrario, el límite impuesto por el Estado deviene inconstitucional”. DABOVE, María Isolina; BARBERO, Daniel Oscar. Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección: nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables. **Revista del Instituto de Derecho e Integración**, [s.l.], n. 1, 2009, p. 13-46.

En el caso argentino, este modelo fue consagrado por la reforma constitucional de 1994, que permitió incorporar los principales Tratados, Convenciones y Declaraciones internacionales y regionales de derechos humanos al llamado bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22). También provocó la constitucionalización del derecho privado, sobre todo en relación con los derechos de las personas situadas en contextos vulnerables²⁹, y así fue estipulado en el artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1 de agosto de 2015³⁰.

3. CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN

La teoría del derecho trialista permite sostener la tesis del carácter pluridimensional del constitucionalismo, habilitando con ello el desarrollo de lo que Werner Goldschmidt denominó “*jurística o filosofía jurídica menor*”. En este apartado vamos a tratar de corroborar la consistencia de estas afirmaciones, a partir del análisis de su estructura y funcionamiento hecho desde el punto de vista de un operador interno.

Así, el constitucionalismo puede ser definido como un orden de repartos vertical, o plan de gobierno, contenido en un ordenamiento normativo, que pone en marcha la realización de un modelo de Estado justo que resulte humanista. El orden hace referencia al plano sociológico del fenómeno estudiado. Su recepción en el ordenamiento denota la existencia de una dimensión normológica. En tanto que, las pretensiones especiales de justicia son indicadores del componente valorativo o “*dikelógico*”, de este sistema.

a) Nuevo orden social, nuevos repartos de poder y de alianzas estratégicas: la dimensión sociológica del constitucionalismo nos lleva a identificar hechos jurídicamente relevantes que la teoría trialista denomina *adjudicaciones*³¹. Se trata de acciones y de situaciones que tienen la particularidad de afectar, positiva o negativamente, la vida de cada ser humano o la de algún colectivo. Las adjudicaciones que provienen de

²⁹ IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luís Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992. p. 63. En igual sentido: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón Abellán. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 40, ha expresado que “la ley, un tiempo medida de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación”; CIURO CALDANI, Miguel Angel. Líneas problemáticas del derecho civil de nuestro tiempo. **Investigación y Docencia**. Rosario, n. 42, 2000, p. 9-28; MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. La constitucionalización del derecho privado. **Revista Oficial del Poder Judicial**, Lima, vol. 2, n. 2, 1 de febrero de 2007, p. 245-262.

³⁰ “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

³¹ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes**. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 43-115; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas**. Metodología jurídica. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. p. 58-64.

personas determinadas se conocen como *repartos*. Las situaciones causadas por la *naturaleza*, el *azar* o las llamadas *fuerzas humanas difusas* son en cambio *distribuciones*. Ya se trate de repartos o de distribuciones, las adjudicaciones modifican la realidad social y hacen circular *potencia e impotencia* -es decir, ventajas o desventajas- para el desarrollo material de la vida. De esta forma, el constitucionalismo se configura cada vez que algún operador efectúa un reparto de potencia e impotencia, que abrirá o cerrará posibilidades de expansión del ser de cada cual.

Por otra parte, en cada reparto se puede actuar como repartidor o beneficiario. Cabe distinguir su objeto (potencia e impotencia), la forma (negociación, adhesión, proceso e imposición) que permita su constitución, las razones (móviles, razones sociales y razones alegadas) que le dan sentido, las modalidades o clases (repartos autoritarios basados en el poder; o autónomos, fundados en los acuerdos) y los límites (necesario y voluntarios) presentes en cualquier adjudicación³².

En este sentido, la teoría trialista observa que el constitucionalismo está basado tanto en repartos autónomos, como en repartos autoritarios. Los primeros alimentan los acuerdos y alianzas estratégicas requeridos por la propia democracia deliberativa que sostiene su implementación. Los segundos provienen de los repartidores poderosos que se erigen en garantes del sistema. Un ejemplo de esta afirmación lo encontramos en el reparto que efectúa todo legislador al aprobar o desechar la incorporación de algún instrumento de derechos humanos, o bien, el del poder ejecutivo, con el desarrollo de las políticas públicas concomitantes. Pero el caso aún más emblemático es el de los jueces del sistema, ya que este tipo de régimen impone como condición *sine qua non* de existencia, su extensa y clara participación³³.

Desde el punto de vista macro jurídico, el constitucionalismo expresa un tipo específico de organización social prevaleciente: el plan de gobierno en marcha³⁴. En efecto, este orden de repartos (vertical) se caracteriza por la presencia de dos rasgos centrales. Indica, por un lado, quienes son los repartidores poderosos principales del sistema (supremos repartidores). De otro, establece también los criterios fundamentales de reparto. Como lo señalamos con anterioridad, el cambio social más enfático que introduce este modelo respecto del Estado de Derecho legislativo es el claro protagonismo de los jueces de este tiempo. De ellos se espera hoy que dejen de ser "la boca de la ley", para actuar como creadores explícitos del derecho con cada una de sus sentencias³⁵.

³² GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 47-81.

³³ CHAUMET, Mario.; MEROI, Andrea. ¿Es el Derecho un juego de los jueces? **La Ley**, T. 2008-D, p. 717-729.

³⁴ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 83-89.

³⁵ Como nos recuerda PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch,

b) Derechos humanos: su instrumento de positivación: Desde el punto de vista normológico, el constitucionalismo se configura a partir de la incorporación jerarquizada de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos al derecho interno³⁶. A este proceso Luis Prieto Sanchís lo denominó: “*fuerza normativa y rematerialización constitucional*”, en virtud del ingreso de principios y reglas normativas que exigen su cumplimiento en la máxima medida posible³⁷.

Este modelo introduce también modificaciones importantes a la moderna teoría de las fuentes, e incorpora nuevos criterios y tareas para garantizar su funcionamiento. Así, en este ámbito, la teoría trialista propone abocarnos al estudio de los elementos que componen la legalidad y validez del mundo jurídico, tanto como a la comprensión de su costado activo o funcionamiento sistémico³⁸.

Con relación a las fuentes jurídicas, el constitucionalismo actual ha puesto en crisis el peso de la ley como centro del sistema, enviándola a un segundo plano cercano a la incertidumbre³⁹. Dicho de otro modo, en este marco la ley expresa las combinaciones posibles entre los principios constitucionales y se configura como derecho particular y contingente, expresión temporal de una mayoría pasajera⁴⁰. Así, en el “en el contexto de una constitución concebida como norma suprema dotada de un denso contenido sustantivo, su validez y aplicabilidad puede ser siempre cuestionada y sometida a revisión”⁴¹.

El constitucionalismo de este tiempo ha transformado también las tareas tradicionalmente requeridas para el funcionamiento jurídico. Entre otras, un lugar destacado

2014. p. 23: “No es necesario añadir el protagonismo que con todo ello cobran los jueces, que de mudos ejecutores de la ley se han convertido en instancias críticas de la voluntad legislativa a partir de una interpretación constitucional que, como se verá, tiene mucho que ver con el razonamiento moral”.

³⁶ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 195-345; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas**. Metodología jurídica. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. p. 65-77.

³⁷ PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 18-20.

³⁸ DABOVE, María Isolina. Argumentación jurídica y eficacia normativa: problemáticas actuales del funcionamiento del derecho. **Dikaion**, Cundinamarca, vol. 24, n. 1, p. 36-65, jun. 2015.

³⁹ PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 28; LAPORTA, Francisco Javier. **El imperio de la ley. Una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007. p. 159. “el parámetro constitucional...se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre”, lo que determina que “la ley esté en permanente interinidad y en posición subalterna”.

⁴⁰ PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 28; ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón Abellán. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 97.

⁴¹ PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 28.

lo ocupa el reconocimiento del caso y de las fuentes aplicables. A la interpretación literal, histórica y sistemática decimonónica se le agrega el desarrollo de un trabajo fino de ponderación de todos los elementos en juego. Requiere la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad a la hora de establecer la decisión. Pero además exige el desarrollo de una sustanciosa argumentación que justifique de manera consistente la decisión que se adopte para el caso⁴².

c) Componentes valorativos: la comprensión del constitucionalismo supone, por último, el reconocimiento de una dimensión valorativa que le es constitutiva⁴³. Conlleva la aceptación de la exigencia de corrección, como parámetro de legitimidad de los hechos y del sistema normativo. Por ello, es propio de esta esfera, el estudio del complejo axiológico -constituido por justicia, verdad, utilidad, salud, bien, junto al poder, cooperación, previsibilidad, solidaridad, orden, coherencia, ilación-, de los criterios de justicia y de las relaciones valorativas implicadas -de coadyuvancia u oposición, de agregación o competencia-⁴⁴ y también se analizan, los medios requeridos para la construcción de un régimen de justicia que permita la coexistencia de libertades⁴⁵.

La concreción jurídica de este régimen comprende el reconocimiento de dos presupuestos filosóficos: el *humanismo* y la *tolerancia*. El humanismo tiene por meta la autonomía y el desarrollo integral de cada persona⁴⁶. La tolerancia fija su atención en el respeto de la autonomía de todos los demás (individuos y grupos), quienes también necesitan realizar sus proyectos y planes de vida por igual⁴⁷. Para lograrlo, el constitucionalismo debe asumir el respeto de la unicidad, la igualdad y la tolerancia como componentes valorativos estratégicos. Razón por la cual tendrá que desarrollar tácticas de empoderamiento, empatía y sentido de pertenencia, propicias para la concreción de cada una de ellas, respectivamente⁴⁸.

⁴² DABOVE, María Isolina. Argumentación jurídica y eficacia normativa: problemáticas actuales del funcionamiento del derecho. *Dikaion*, Cundinamarca, vol. 24, n. 1, p. 36-65, jun. 2015. p. 44-48.

⁴³ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 369-496; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas**. Metodología jurídica. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. p. 77-93.

⁴⁴ CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Metodología diketológica**, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007. p. 53; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho**. Rosario: Zeus, 2007. p. 38-48.

⁴⁵ DABOVE, María Isolina. Argumentación jurídica y eficacia normativa: problemáticas actuales del funcionamiento del derecho. *Dikaion*, Cundinamarca, vol. 24, n. 1, p. 36-65, jun. 2015. p. 40-41.

⁴⁶ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 439-440.

⁴⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 444; PORTELA, Mario Alberto. La Sociedad tolerante. Igualdad y no discriminación. In: CAMPOY CERVERA, Ignacio; PALACIOS, Agustina (Comps.). **Igualdad, no discriminación y discapacidad**, Madrid: Dykinson, 2007. p. 51-65.

⁴⁸ DABOVE, María Isolina. **Derecho de la vejez**: alcances y fundamentos. Buenos Aires: Astrea, 2018.

El modelo que estudiamos propicia el establecimiento de un régimen humanista que distinga las diferencias, que identifique al débil del poderoso razón por la cual, en muchos casos su alcance y contenido pueden llegar a tener rasgos intervencionistas, introduciendo el riesgo de caer en ciertos totalitarismos⁴⁹. Así, bajo el amparo de los derechos humanos, procura el desarrollo de herramientas aptas para provocar cambios sociales e individuales⁵⁰. Pone especial atención a los límites que expresan las condiciones reales de vida de las personas y grupos. Promueve también la instauración de acciones sociales transformadoras, que habiliten el fortalecimiento de las condiciones de vida de los más precarizados del sistema⁵¹.

Otra cuestión relevante para el enfoque trialista se vincula con los métodos de realización de los criterios de justicia incorporados al sistema. En este sentido cabe recordar la importancia que tienen las tareas de “*fraccionamiento*” y “*desfraccionamiento*” a fin de construir una solución valiosa -siempre perfectible- que, al mismo tiempo, atienda a su complejidad. Es decir, a su temporalidad (pasado, presente y porvenir del caso), espacialidad (territorialidad o extraterritorialidad), materialidad (objetos y campos) y subjetividades (personas en cuestión)⁵². La selección y el recorte de los elementos del caso, de las fuentes aplicables y de los valores y principios en juego lleva a producir siempre una solución de justicia aproximada, es decir, relativamente válida. De modo tal que es probable que el criterio instaurado para un caso tenga que ser modificado frente a otro⁵³.

⁴⁹ “En el humanismo intervencionista, los dirigentes del grupo pueden indicar a cada cual qué desarrollo de su personalidad debe realizar. Pero esta intervención puede estar más o menos justificada, ya se trate de un menor de edad o de un incapaz declarado tal, o bien de personas con autonomía. En este último supuesto, el intervencionismo corre el riesgo serio de llegar a convertirse en totalitarismo, dejando de ser, así, humanismo”. GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 440.

⁵⁰ “Esto es, los derechos fundamentales y las demás cláusulas materiales no se presentan sólo como condiciones de validez de las leyes, sino también como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida social, incluidas por ejemplo las relaciones entre los particulares. De este modo, la normativa constitucional deja de estar “secuestrada” dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar”. PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 28

⁵¹ IACUB, Ricardo, ARIAS, Claudia Josefina. La Gerontología Comunitaria: Poder, Comunidad y Vejez. In: FERGUSON CÁRDENAS, Ingrid; ROJAS JARA, Claudio (eds.). **Gerontología Actualizaciones y Temas Emergentes**. Chile: Universidad Católica del Maule, 2017. p. 45-66.

⁵² GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 401-415.

⁵³ “La justicia humana es siempre imperfecta en la realidad, y solo una idea regulativa como ideal. La justicia de cualquiera de nuestras resoluciones se vicia por el desenvolvimiento incesante del mundo, por el contagio de cualquier entuerto en el rincón más apartado de la tierra, por el *progressus ad infinitum* y, por último, por el *regressus ad infinitum*. Todo acto humano contiene estos cuatro granitos de injusticia”. GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 414.

Frente a ello, el constitucionalismo actual fue desarrollando dos sistemas de control de las decisiones de justicia para garantizar la corrección de su contenido. Por un lado, el control de constitucionalidad, mecanismo de defensa procesal, instaurado para asegurar la validez, legitimidad y eficacia del Estado de Derecho. Fue diseñado para vigilar el contenido de las fuentes derivadas de la Carta magna y fiscalizar las vías que lo operadores utilizan para producirlas y aplicarlas⁵⁴. Así, por su intermedio, se protegen los derechos de las personas, en igual medida que se vela por la coherencia jurídica, la estructura del poder público, el consenso democrático y los valores que legitiman el sistema⁵⁵.

Por otra parte, el control de convencionalidad se fue configurando gracias a la labor paulatina de la Corte Interamericana de derechos humanos, plasmada en la opinión consultiva 2/28 de 1982. Allí, la Corte admitió la obligación de los Estados Parte de un Tratado a quedar sometidos *sine die* al orden jurídico establecido y al cumplimiento de los “*deberes referidos al bien común y de las responsabilidades hacia los individuos bajo su jurisdicción*” *concomitantes*⁵⁶. Desde entonces la Corte fue desarrollando distintos criterios que permitieron nominar este recurso y caracterizarlo, tal como se ilustra en los casos: “*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*”⁵⁷ del 2003, “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”⁵⁸ y en “*Trabajadores cesados del Congreso (Aguad Alfaro y otros) contra Perú*”, del 2006⁵⁹.

Como resultado de esta evolución, la doctrina hoy define al control de convencionalidad como todo “procedimiento mediante el cual un tribunal verifica si determinado acto legislativo o, en su caso, la omisión de dictarlo es compatible con los tratados de derechos humanos vigentes en el Estado en cuestión”⁶⁰. Además, admite que: a) “*es de aplicación ex officio por parte de los órganos del poder judicial*”. b) *Es complementario al “control de constitucionalidad”*. c) *Puede ser utilizado en todo asunto en donde existan impedimentos normativos y prácticos para el acceso real a la justicia, o por causa de la ineficacia de las instituciones judiciales*”⁶¹.

⁵⁴ AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 355-399; MIDÓN, Mario Alejandro. **Control de convencionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 71-105; BAZÁN, Víctor. **Derecho a la salud y justicia constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2014. p. 48-65.

⁵⁵ AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 362-368.

⁵⁶ AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 364-365.

⁵⁷ MIDÓN, Mario Alejandro. **Control de convencionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 72-81; AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 362-369; BAZÁN, Víctor. **Derecho a la salud y justicia constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2014. p. 50-57.

⁵⁸ CIDH, 26/9/06, **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**, serie C, n° 154, párr. 123.

⁵⁹ CIDH, 24/11/06, **Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**, serie C, n° 158.

⁶⁰ MIDÓN, Mario Alejandro. **Control de convencionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 71.

⁶¹ AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 366-367; BAZÁN, Víctor. **Derecho a la salud y justicia constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2014. p. 57-58.

De esta forma, el control de convencionalidad comprende el universo de derechos humanos consagrados en los tratados de referencia, los cuales a su vez impactan en el Derecho interno, a través de la Constitución. Pero de otro, compromete además a todos los jueces del Estado Parte, incluyendo a las Cortes o Tribunales Superiores del País en donde se efectuó su tramitación⁶².

4. CONTEXTO DE APLICACIÓN

En la actualidad, el constitucionalismo ha hecho posible la existencia de comunidades en las cuales el bienestar y la libertad, el empoderamiento de las personas y la vivencia de lo social en igualdad de condiciones que todos los demás, se encuentren en el centro discursivo de interés. Sin embargo, ello ha sido posible gracias al llamado proceso de especificación de los derechos humanos iniciado en la década de los años 50⁶³.

a) Dimensión sociología: el proceso de especificación llega hasta nosotros como un fenómeno dialéctico y complejo. En su interior fue posible amalgamar la afirmación de los derechos civiles y políticos del liberalismo moderno, con la posterior expansión de los derechos económicos, sociales y culturales, del constitucionalismo social contemporáneo. Norberto Bobbio ha definido este proceso como el *“paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”*.

Supuso una ruptura con el modelo racional y abstracto de la modernidad, y una aproximación al modelo de la igualdad material. Completó, pues, la idea de los destinatarios genéricos -hombres y ciudadanos-, con la de las personas situadas -como mujeres, niños, administrados, consumidores, usuarios de servicios públicos, personas con discapacidad, ancianos-. Matizó sus contenidos con la aparición de nuevos derechos, vinculados al medio ambiente, a la paz, al desarrollo⁶⁴.

Así, cuando hoy hablamos del niño, del joven y del adulto mayor, por ejemplo; o bien, del educando y del educador, del varón y la mujer, del científico, del artista, del productor, del empresario, del obrero o del consumidor; lo hacemos, pensando en categorías existenciales relevantes, legítimamente diferenciadoras para el mundo jurídico.

⁶² AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2015. p. 355-399; MIDÓN, Mario Alejandro. **Control de convencionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 71-105; BAZÁN, Víctor. **Derecho a la salud y justicia constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2014. p. 57- 65.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Trad. Rafael de Asís Roig. Madrid: Sistema, 1991. p. 63-84. Ver también: PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Colaboración: Rafael de Asís, Carlós Fernández Liesa y Angel Llamas Gascón. Madrid: BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 154-162; PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. **Historia de los derechos fundamentales**. Tomos I y II. vol. 1-3. Madrid: Dykinson, 1998. p. 9; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 52-93

⁶⁴ DABOVE, María Isolina. **Los derechos de los ancianos**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 438.

Aludimos a esta manera nueva de percibir la humanidad⁶⁵. Hacemos referencia al lugar real que ocupan las personas en su circunstancia vulnerable o empoderada. Registramos el punto de contacto entre el ser humano y su realidad. Reconocemos, en suma, su condición de sujeto capaz de dar cuentas de sus necesidades, de su libertad y de los modos comunicacionales de su existencia⁶⁶.

En este nuevo despliegue de lo jurídico, observa Luis Prieto Sanchís, se concede la palabra a unos individuos que ya no pueden hacer abstracción de su historia, ni de su específica condición social. *“Ni es necesario mutilar parte de su existencia, a la hora de definir los principios de un modelo justo de sociedad”*⁶⁷. Por ello, ha sido este paradigma el que habilitó la identificación de contextos de precarización de las condiciones de vida jurídica de las personas, y permitió la elaboración de un gran número de documentos internacionales absolutamente novedosos en esta materia⁶⁸.

b) Dimensión normativa: en el marco del sistema universal el proceso de especificación se inició con los cuatro Convenios constitutivos del derecho humanitario en 1949. Cada uno se refiere a una categoría específica de personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades. El primero está dirigido a aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. El segundo, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. El tercero es relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. El cuarto trata sobre la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. A ello debe sumarse el Estatuto de Roma, que instaura la Corte Penal Internacional en 1998, pero entrada en vigor en 2002, y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de diciembre de 2006.

En marzo de 1953 se aprobó la Convención sobre los derechos políticos de la mujer. Más adelante, en 1967, se elaboró la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la Mujer. La Convención sobre la eliminación de todas

⁶⁵ Esta perspectiva quizá pueda explicarnos, asimismo, por qué están apareciendo tantas ramas nuevas en el Derecho como, por ejemplo, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia, el Derecho de Informática, el Derecho del Arte, el Derecho de la Salud, el Ecoderecho, el Bioderecho, el Derecho de la Integración, el Derecho de la Cultura y el propio Derecho de la Vejez. Véase además DABOVE, María Isolina. Nuevas fronteras de la juridicidad. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, n. 21, p. 91-110, 1996.

⁶⁶ “Aun cuando este “sí mismo” sea poco o esté demasiado recortado, no está aislado. Está atrapado en un cañamazo de relaciones más complejas y más móviles que nunca. Joven o viejo, hombre o mujer, rico o pobre, el sí mismo, siempre está situado sobre nudos de circuitos de comunicación. A partir de este lugar de comunicación, el ser humano situado adquiere significación y poder: presencia”. LYOTARD, Jean-François. *La condición postmoderna*. Trad. Mariano Antolín Rato. Buenos Aires: Rei, 1995. p. 37-89.

⁶⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990. p. 57-92. Véase además: NINO, Carlos Santiago. Autonomía y necesidades básicas. *Doxa*, n. 7, p. 21-34, jun. 1990; DABOVE, María Isolina. *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 440.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Trad. Rafael de Asís Roig. Madrid: Sistema, 1991. p. 110-119; NIKKEN, Pedro. Los derechos del niño, de los ancianos y de la mujer: su protección internacional. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, [s.l.], n. 4, jul./dic. 1986, p. 15-23 y 32-41.

las formas de discriminación contra la mujer fue adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor en 1981. En el año 1959 se aprobó la Declaración de Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada en noviembre de 1989. La Declaración de Derechos del Disminuido Mental se sancionó en 1971 y la Convención sobre la Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en diciembre de 2006. Por su parte, la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007⁶⁹. Por último, en relación con las personas mayores cabe mencionar el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el envejecimiento de 1982, los Cinco Principios en favor de las Personas de Edad de 199 y el Plan de Acción sobre el envejecimiento de Madrid del año 2002.

Al mismo tiempo, el sistema Interamericano puso en marcha los Protocolos adicionales de la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1988 y el referido a la pena de muerte en 1990. La Convención para prevenir y sancionar la tortura es de 1985 y está en vigor desde 1987. La Convención sobre desaparición forzada de personas es de 1994 y la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (“Convención De Belem Do Para”) de 1994, está vigente desde 1995. La Convención contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de Intolerancia de 2013, está en vigor desde el 11 de enero de 2017 gracias a las ratificaciones de Uruguay y Costa Rica. También es importante la Declaración de principios sobre libertad de expresión del año 2000 y los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas de 2008. Así como también, la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas del 14 de junio de 2016⁷⁰. El último logro normativo de la OEA es la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores, aprobada por la Asamblea General el 15 de junio de 2015 y vigente desde el 11 de enero de 2017.

c) Dimensión valorativa: el constitucionalismo permite la identificación de principios jurídicos estratégicos, el aprovechamiento de oportunidades, el descubrimiento de funciones novedosas de las instituciones vigentes y la elaboración de tácticas para la toma de decisiones y la solución de conflictos que respete a la persona como un fin en sí⁷¹. Así, a la hora de pensar en el diseño de instituciones políticas y jurídicas, el constitucionalismo actual introduce nuevos estándares de justicia. Entre otras cuestiones, porque exige organizar el sistema jurídico de manera tal que cada persona pueda

⁶⁹ NACIONES UNIDAS. **Documentos internacionales**, disponibles en: <http://www.un.org/es/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html>

⁷⁰ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Documentos internacionales**, disponibles en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos.asp

⁷¹ CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Estrategia jurídica**. Rosario, UNR Editora, 2011. p. 89-100.

disponer de un marco de libertad que le permita desplegar su personalidad y fortalecer sus vínculos con los demás, en igualdad de condiciones⁷².

Junto a ello, en términos trialistas, el humanismo constitucional enseña que cada cual es un ser singular, distinto e irrepetible, y que de ello deriva, precisamente, el *fundamento de la personalidad a la que la justicia asegura la libertad de desenvolvimiento*⁷³. La unicidad representa la singularidad de cada cual. Sin embargo, no se trata de algo dado naturalmente: es más bien, el resultado de un proceso de construcción cultural. Cada subjetividad se va definiendo en su interacción con los demás, está esencialmente fabricada y modelada en el registro de lo social⁷⁴. Pero, al ser éste un proceso dialéctico, también da lugar a aquello que nos caracteriza, que nos hace específicos y, por ello, valiosamente distintos (la fisonomía, edad, etnia, género, genealogía, lengua, cultura, ideales, sueños, deseos, recursos, cada proyecto de vida)⁷⁵.

La diversidad, por su parte, da cuenta de los diferentes modos que van adquiriendo los grupos sociales afines a lo largo del tiempo. Refleja la multiplicidad bio-psico-social de nuestro género y la idiosincrasia cultural de un colectivo. Alude, por ello, a las características especiales compartidas por un grupo. Hace referencia a la variedad de razas, costumbres, modos de producción, regímenes jurídicos, o cosmovisiones, esparcidas por el mundo (pasado, presente o provenir). Configura una complejidad, un sistema de vida específico, integrado por un conjunto de rasgos predicables sólo para quienes lo componen.

Por otro lado, la igualdad es el segundo componente de todo humanismo jurídico y es el fundamento en el que se basan los nuevos reclamos de justicia. Desde los tiempos de Aristóteles, la igualdad fue comprendida como un problema a resolver propio del ámbito de la justicia. Fue pensada en términos de “igualdad justa” o regla de justicia⁷⁶. Sin embargo, detrás de esta afirmación más que respuestas, encontramos preguntas. Como advierte Luis Prieto Sanchis, el problema de la igualdad consiste

⁷² DABOVE, María Isolina. **Los derechos de los ancianos**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 405.

⁷³ GOLDSCHMIDT, Werner. **La ciencia de la justicia (Dikelogía)**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 194.

⁷⁴ GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. **Micropolítica. Cartografías del deseo**. Trad. Florencia Gómez. Buenos Aires: Tinta Limón, 2005. p. 47.

⁷⁵ FERRATER MORA, José. **Diccionario de Filosofía**. Ed. revisada, aumentada y actualizada por Josep-Maria Terricabras y supervisada por Priscilla Cohn Ferrater Mora, Barcelona: Ariel, 2001. tomo 4, p. 3600-3601.

⁷⁶ “Por “regla de justicia” se entiende la regla según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”. BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Introducción: Gregorio Peces Barba Martínez, Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. p. 64. Además, puede consultarse: WILLIAMS, Bernard. La idea de igualdad. En: FEINBERG, Joel (Comp.). **Conceptos morales**. Trad. José Antonio Pérez Carballo. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. p. 268; SAVATER, Fernando. La tradición filosófica de la igualdad. **Claves**, [s.l.], n. 36, octubre de 1993, p. 2; PORTELA, Mario Alberto. La Sociedad tolerante. Igualdad y no discriminación. In: CAMPOY CERVERA, Ignacio; PALACIOS, Agustina (Comps.). **Igualdad, no discriminación y discapacidad**, Madrid: Dykinson, 2007. p. 65-68.

ahora en saber cuándo dos cosas, dos personas o dos situaciones son iguales entre sí y cuáles, por ser distintas, merecen un tratamiento diferenciado⁷⁷.

Desde la teoría trialista, la igualdad se define a partir de las tres dimensiones que componen el mundo jurídico⁷⁸. Así, uno de sus sentidos es el costado valorativo identificado por Aristóteles, su calidad de regla de justicia, que se expresa como razón-guía para asegurar tanto la aplicación de criterios de relevancia, como de equiparación en la aplicación de la ley. Otro plano es el que se configura en el campo normativo que ha dado lugar al clásico principio de igualdad formal ante la ley y al de universalidad, garante de la coherencia básica del sistema jurídico. El tercero de sus despliegues es el que se desarrolla en el plano sociológico jurídico. Es el que funda el principio de no discriminación con relación a la necesidad de respeto de la unicidad de cada persona, pero también es el que legitima el concepto de "igualdad material" y acciones positivas, respecto de la diversidad grupal y comunitaria. En este marco también es importante el reconocimiento de la "igualdad de partida, de trámite y de llegada. La igualdad se asocia aquí, con el reconocimiento de la diversidad y da lugar a la igualdad de oportunidades⁷⁹. Requiere, asimismo, que todos los miembros de una determinada sociedad estén "en iguales condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo"⁸⁰.

El tercer elemento relevante del complejo valorativo es la comunidad, cuya etimología proviene de la voz latina *communitas*, alude a lo que es común y a las características compartidas por un determinado conjunto de población⁸¹. Desde el enfoque político este término suele estar asociado a la idea de nación, en el plano religioso o

⁷⁷ PRIETO SANCHIS, Luis. Igualdad y minorías. Derechos y Libertades. **Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas**, [s.l.], n. 5, año II, jul./dic. 1995. p. 112; PRIETO SANCHIS, Luis. Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial. **Doxa**, [s.l.], n. 15-16, 1994. p. 367. En el mismo sentido señala: BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Introducción: Gregorio Peces Barba Martínez, Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. p. 53: "*decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosas son iguales. Es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿igualdad entre quiénes? y b) ¿igualdad en qué?*".

⁷⁸ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 412; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas**. Metodología jurídica. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. p. 13; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho**. Rosario: Zeus, 2007, p. 8; CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Estrategia jurídica**. Rosario, UNR Editora, 2011. p. 5.

⁷⁹ PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Colaboración: Rafael de Asís, Carlos Fernández Liesa y Angel Llamas Gascón. Madrid: BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 248; PRIETO SANCHIS, Luis. Igualdad y minorías. Derechos y Libertades. **Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas**, [s.l.], n. 5, año II, jul./dic. 1995. p. 149.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Introducción: Gregorio Peces Barba Martínez, Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. p. 79; RAWLS, John; SEN, Amartya; VALVERDE GEFAELL, Guillermo. **Libertad, igualdad y derecho: las conferencias Tanner sobre filosofía moral**. Barcelona: Planeta-Agostini, 1994. p. 191.

⁸¹ COROMINAS, Joan. **Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana**. Barcelona: Gredos, 2012. p. 163.

ideológico se lo vincula con la cofradía y en relación con nuestra especie se lo vincula con la fraternidad e idea de “familia humana”⁸². Pero, siguiendo a Roberto Espósito, entenderemos por comunidad a aquel “conjunto de personas a las que une, no una “propiedad”, sino justamente un deber o una deuda”. O bien, un gravamen, o incluso una modalidad carencial, para quien está afectado, a diferencia de aquel que está exento o eximido. Se trata de un deber que une a los sujetos “-en el sentido de “te debo algo”, pero no “me debes algo”-, de modo que no son enteramente dueños de sí mismos”⁸³. También alude a “aquellos que compartimos y nos distingue de los otros, a todo lo que nos identifica como lo que somos; lo que habla de nuestros orígenes y legados culturales, nuestras inclinaciones, gustos, afanes y destinos compartidos”⁸⁴.

Por último, cabe recordar que los nuevos criterios de justicia del constitucionalismo actual han abierto, la posibilidad de fortalecer la condición jurídica de las personas que viven en contextos vulnerables. En particular, habilitaron el sustento de líneas de acción que tienden a su empoderamiento respecto de los demás actores sociales (ya sea el propio régimen u otros individuos). Otorgan fundamentos de identificación y empatía para justificar su protección frente a lo demás, es decir, a las circunstancias adversas se ensañen contra ellos (pobreza, enfermedad, soledad). Por último, han dado sustento al sentido de pertenencia comunitaria de las personas mayores y a la legitimación de las prácticas de intervención que consolidan los cambios sociales requeridos.

Así, el empoderamiento, la empatía y la pertenencia se constituyen en herramientas tácticas imprescindibles para la realización de los tres principios que componen el humanismo jurídico: la unicidad, la igualdad y la comunidad. Sostienen, en suma, los componentes psíquicos y afectivos de cada ser humano, necesarios para el desarrollo de una sociedad respetuosa e incluyente.

5. ESPERANZA LATINOAMERICANA

A lo largo de este trabajo nos hemos referido al nuevo escenario que plantea el constitucionalismo actual, a la luz de la teoría trialista del derecho. Observamos también que su existencia es un legado de los siglos XVIII y XIX. Sin embargo, este nuevo ciclo abierto en el XXI trae consigo nuevos problemas, desafíos y recursos, no suficientemente reconocidos por el Derecho latinoamericano.

⁸² GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al Derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. p.444.

⁸³ ESPOSITO, Roberto. **Comunitas**. Origen y destino de la comunidad. Trad. Carlos Rodolfo Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2012. p. 29-30.

⁸⁴ IACUB, Ricardo, ARIAS, Claudia Josefina. La Gerontología Comunitaria: Poder, Comunidad y Vejez. In: FER-GUSSON CÁRDENAS, Ingrid; ROJAS JARA, Claudio (eds.). **Gerontología Actualizaciones y Temas Emergentes**. Chile: Universidad Católica del Maule, 2017. p. 1-15

La problemática de la discriminación, la desigualdad social y los prejuicios en torno a la unicidad y diversidad, la falta de alternativas y oportunidades causadas en el desinterés político por los más desventajados, los obstáculos fácticos para acceder al sistema judicial, la alta burocracia y las prácticas jurisdiccionales exégetas y formalistas, son cuestiones que exigen ser desterradas si queremos ser coherentes con los postulados del constitucionalismo actual. En Latinoamérica, tampoco ha sido valiosa la vivencia jurídica del Estado asistencialista, ya que con ello se contribuyó a mantener en situación de fragilidad al sujeto de atención política al tomarlo como “víctima”.

No obstante, en nuestra región también supimos poner en marcha nuestras democracias deliberativas. Contra viento y marea, hemos aprendido el valor del poder de cada cual y de las alianzas estratégicas. Así como también hemos comenzado a desarrollar la autocritica respecto de nuestras instituciones. Por todo ello, entiendo que el constitucionalismo nos conduce a trabajar en favor de la esperanza, de ese principio político que requiere, como dice Ernst Bloch, *“de hombres que se entreguen activamente al proceso del devenir al que ellos mismo pertenecen”*⁸⁵.

6. REFERENCIAS

ALEX, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge Malem Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMAYA, Jorge Alejandro. **Control de constitucionalidad**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2015.

AMAYA, Jorge Alejandro. **Democracia y minoría política**. Buenos Aires: Astrea, 2014.

ARCE Y FLORES-VALDES, Joaquín. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Civitas, 1991.

ARIZA, Ariel. Emergencia y sistema de derecho privado. **Jurisprudencia Argentina Lexis Nexis**, 23 de abril de 2003.

BAZÁN, Víctor. **Derecho a la salud y justicia constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2014.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BLOCH, Ernst. **El Principio Esperanza**. vol. I. Madrid: Trotta, 2004.

BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Trad. Rafael de Asís Roig. Madrid: Sistema, 1991.

⁸⁵ BLOCH, Ernst. **El Principio Esperanza**. vol. I. Madrid: Trotta, 2004. p. 25.

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Introducción: Gregorio Peces Barba Martínez; Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **El sistema en la jurisprudencia**. Trad. Juan Antonio J. A. García Amado. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

CARBONELL, Miguel. Sobre constitucionalismo y positivismo de Luis Prieto Sanchís. **Isonomía**, [s.l.], n. 8, abr. 1998.

CHAUMET, Mario; MEROL, Andrea. ¿Es el Derecho un juego de los jueces? **La Ley**, T. 2008-D.

CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**. Buenos Aires: Abaco, Universidad Austral, 2004.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. El capítulo "Derecho" en el Código Civil y Comercial. **Investigación y Docencia**, [s.l.], n. 49, 2015.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Estrategia jurídica**. Rosario: UNR Editora, 2011.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. La complejidad del funcionamiento de las normas. **La Ley**, 27 de febrero de 2008. Disponible en: <http://www.laleyonline.com.ar/app/laley/laley/main>

CIURO CALDANI, Miguel Angel. **La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas**. Metodología jurídica. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. Líneas problemáticas del derecho civil de nuestro tiempo. **Investigación y Docencia**, Rosario, n. 42, 2000.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Metodología diketológica**, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Metodología jurídica y lecciones de historia de la filosofía del derecho**. Rosario: Zeus, 2007.

COROMINAS, Joan. **Diccionario etimológico de la lengua castellana**. Barcelona: Gredos, 2012.

DABOVE, María Isolina. Argumentación jurídica y eficacia normativa: problemáticas actuales del funcionamiento del derecho. **Dikaion**, Cundinamarca, vol. 24, n. 1, p. 36-65, jun. 2015.

DABOVE, María Isolina. **Derecho de la vejez**: alcances y fundamentos. Buenos Aires: Astrea, 2018.

DABOVE, María Isolina. El derecho como complejidad de saberes diversos. **Ideas y Derecho**, Buenos Aires, n. 3, p. 95-116, 2003.

DABOVE, María Isolina. **Los derechos de los ancianos**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.

DABOVE, María Isolina. Nuevas fronteras de la juridicidad. **Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, Rosario, n. 21, 1996.

DABOVE, María Isolina; BARBERO, Daniel Oscar. Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección: nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables.

Revista del Instituto de Derecho e Integración, Rosario, año 1, n. 1, p. 13-46, 2009.

DABOVE, María Isolina; BARBERO, Daniel Oscar. Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección: nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables.

Revista del Instituto de Derecho e Integración, [s.l.], n. 1, 2009.

ESPOSITO, Roberto. **Communitas**. Origen y destino de la comunidad. Trad. Carlos Rodolfo Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2012.

FERRATER MORA, José. **Diccionario de filosofía**. Ed. revisada, aumentada y actualizada por Josep-Maria Terricabras y supervisada por Priscilla Cohn Ferrater Mora. Barcelona: Ariel, tomo 4, 2001.

GARCIA TORRES, Jesús; JIMENEZ BLANCO, Antonio. **Derechos fundamentales y relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1986.

GARGARELLA, Roberto. **Lo “viejo” del “nuevo” constitucionalismo latinoamericano**. Disponible en: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf

GARGARELLA, Roberto; NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coord.). **Constitucionalismo progresista, retos y perspectivas**: un homenaje a Mark Tushnet. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción filosófica al derecho**. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La ciencia de la justicia (Dikelogía)**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1986.

GRÜN, Ernesto. **Una visión sistémica y cibernética del derecho**. Buenos Aires: Dunken, 2004.

GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. Micropolítica. **Cartografías del deseo**. Trad. Florencia Gómez. Buenos Aires: Tinta Limón, 2005.

IACUB, Ricardo; ARIAS, Claudia Josefina. La gerontología comunitaria: poder, comunidad y vejez. In: FERGUSSON CÁRDENAS, Ingrid; ROJAS JARA, Claudio (eds.). **Gerontología actualizaciones y temas emergentes**. Chile: Universidad Católica del Maule, 2017.

IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. Trad. Luís Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992.

LAPORTA, Francisco Javier. **El imperio de la ley. Una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007.

LEWIN, Roger. Complejidad. **El caos como generador del orden**. Trad. Juan Gabriel López Giux. Barcelona: Tusquet, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Trad. Ignacio de Otto y Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LYOTARD, Jean-François. **La condición postmoderna**. Trad. Mariano Antolín Rato. Buenos Aires: Rei, 1995.

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. La constitucionalización del derecho privado. **Revista Oficial del Poder Judicial**, Lima, vol. 2, n. 2, 1 de febrero de 2007.

MEROI, Andrea. Iura novit curia y decisión imparcial. **Ius et Praxis**, Talca, año 13, n. 2., p. 379-390, 2007.

MIDÓN, Mario Alejandro. **Control de convencionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2016.

MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento complejo**. Trad. Marcelo Pakman. Barcelona: Gedisa, 2007.

NACIONES UNIDAS. **Documentos internacionales**. Disponibles en: <http://www.un.org/es/sections/documents/general-assembly-resolutions/index.html>

NIKKEN, Pedro. Los derechos del niño, de los ancianos y de la mujer: su protección internacional. **Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, [s.l.], n. 4, jul./dic. 1986.

NINO, Carlos Santiago. Autonomía y necesidades básicas. **Doxa**, n. 7, p. 21-34, jun. 1990.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. **Documentos internacionales**. Disponibles en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos.asp

PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Colaboración: Rafael de Asís, Carlós Fernández Liesa y Angel Llamas Gascón. Madrid: BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. **Historia de los derechos fundamentales**. Tomos I y II. vol. 1-3. Madrid: Dykinson, 1998.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PORTELA, Marío Alberto. La Sociedad tolerante. Igualdad y no discriminación. In: CAMPOY CERVERA, Ignacio; PALACIOS, Agustina (Comps.). **Igualdad, no discriminación y discapacidad**. Madrid: Dykinson, 2007.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Fontamara, 1997.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. Lima: Palestra, 2002.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1990.

PRIETO SANCHIS, Luis. Igualdad y minorías. Derechos y Libertades. **Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas**, [s.l.], n. 5, año II, jul./dic. 1995.

PRIETO SANCHIS, Luis. Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial. **Doxa**, [s.l.], n. 15-16, 1994.

PRIETO SANCHIS, Luis. Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.). **Argumentación Jurídica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Sobre principios y normas**. Problemas del razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

RAWLS, John; SEN, Amartya; VALVERDE GEFAELL, Guillermo. **Libertad, igualdad y derecho**: las conferencias Tanner sobre filosofía moral. Barcelona: Planeta-Agostini, 1994.

SAVATER, Fernando. La tradición filosófica de la igualdad. **Claves**, [s.l.], n. 36, oct. 1993.

WAGENSBERG, Jorge. **Ideas sobre la complejidad del mundo**. 3. ed. Barcelona: Tusquet, 1985.

WILLIAMS, Bernard. La idea de igualdad. En: FEINBERG, Joel (Comp.). **Conceptos morales**. Trad. José Antonio Pérez Carballo. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón Abellán, con epílogo de Gregorio Peces-Barba Martínez. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.



The Role of the Judicial Branch in Brazilian Rule of Law Erosion*

O papel do Poder Judiciário na erosão do Estado de Direito brasileiro

ENEIDA DESIREE SALGADO^{II, **}

^{II} Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)

desisalg@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-0573-5033>

EMERSON GABARDO^{I, II, ***}

^I Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)

^{II} Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)

emerson.gabardo.br@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1798-526X>

Recebido/Received: 23.11.2020 / November 23rd, 2020

Aprovado/Approved: 22.07.2021 / July 22nd, 2021

Abstract

The rule of law is the central milestone of modern democratic states. There is a gap, however, between what is on the constitutional texts and the lived-in world. The scholars use to concentrate their focus on the Executive Branch's role (and, sometimes, of Legislative Power) in situations of disregard of the Constitution. However, we chose to target the Judicial Branch and its decisions as contributions to the erosion of the rule of law and the production of democratic decay. We claim that the

Resumo

O Estado de Direito é o marco central dos Estados democráticos modernos. Há uma lacuna, entretanto, entre o que está nos textos constitucionais e o mundo vivido. Os estudiosos costumam concentrar seu foco no papel do Poder Executivo (e, às vezes, do Poder Legislativo) em situações de desrespeito à Constituição. No entanto, o artigo opta por focar o Poder Judiciário e suas decisões como contribuição para a erosão do Estado de Direito brasileiro e para a produção de decadência democrática. Afirma-se que o

Como citar esse artigo/How to cite this article: SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. The role of the Judicial Branch in Brazilian rule of law erosion. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 731-769, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.83336.

* This study was financed by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES/PRINT) – Finance Code 001.

** Associate Professor of Constitutional Law at the Federal University of Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil). Ph.D. in Public Law from the Federal University of Paraná. Visiting Scholar at the University of California – Irvine/USA (2020). E-mail: desisalg@gmail.com.

*** Full Professor of Administrative Law at the Pontifical Catholic University of Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil). Associate Professor of Administrative Law at the Federal University of Paraná (Brazil). Ph.D. in Public Law from the Federal University of Paraná. Visiting Scholar at Fordham University School of Law – NYC/USA (2013) and Visiting Scholar at the University of California – Irvine/USA (2020). E-mail: emerson.gabardo.br@gmail.com.

Judiciary started to play a crucial role in this process by assuming a populist bias and carrying out common lawfare practices – which can be well exemplified by judicial electoral decisions and the judicial decisions about Operation Car Wash. For researching the problem and discussing the hypothesis, we used the theoretical-deductive method. We carried out a literature review. We also use informative documentaries extracted from the media on the behavior of public authorities and the critical description of judicial decisions. The bibliography is interdisciplinary. We conclude that when the Judicial Branch becomes a political actor, it fosters a situation of instability and becomes an institution whose legitimacy depends on variations in the mood of society – which goes against the assumptions of democracy and the rule of law. This new judicial behavior causes an imbalance between the powers and the absence of an institution that moderates social conflicts. This situation contributed to the resurgence of the authoritarian identity of Brazilian civil society and the ideological polarization that culminated in the election of a far-right administration in 2018.

Keywords: Judicial Branch; democratic decay; lawfare; Brazilian democracy; Brazilian rule of law erosion.

Judiciário passou a ter papel fundamental nesse processo ao assumir um viés populista e realizar práticas de lawfare – o que pode ser bem exemplificado pelas decisões judiciais eleitorais e pelas decisões judiciais sobre a Operação Lava Jato. Para pesquisar o problema e discutir a hipótese, utilizou-se o método teórico-dedutivo. Foi realizada uma revisão da literatura acadêmica sobre o assunto e também em um documentário informativo extraído da mídia sobre o comportamento do poder público, além da descrição crítico-exemplificativa de decisões judiciais. O referencial bibliográfico é interdisciplinar. A conclusão assevera que, ao se tornar ator político, o Poder Judiciário fomenta uma situação de instabilidade e passa a ser uma instituição cuja legitimidade depende de variações no estado de espírito da sociedade – o que contraria os pressupostos da democracia e do Estado de Direito. Este novo comportamento judicial provoca um desequilíbrio entre os poderes e a ausência de uma instituição moderadora dos conflitos sociais. Essa situação contribuiu para o ressurgimento da identidade autoritária da sociedade civil brasileira e para a polarização ideológica que culminou com a eleição de um governo de extrema direita em 2018.

Palavras-chave: Poder Judiciário; decadência democrática; lawfare; democracia brasileira; erosão do Estado de Direito.

CONTENTS

1. Introduction: shreds of populist evidence on Brazilian Judicial Branch; **2.** The Brazilian context: exception, lawfare, and democratic decay; **3.** Rule of law erosion and the Brazilian Judiciary; **4.** The illiberal backlash and the return toward an authoritarian perspective; **5.** Against the traditional concept of the rule of law: a judicial new perspective; **6.** Conclusion; **7.** References.

1. INTRODUCTION: SHREDS OF POPULIST EVIDENCE ON BRAZILIAN JUDICIAL BRANCH

Usually seen for the constitutional theory as “the least dangerous branch”,¹ the Judicial Branch in Brazil is threatening democratic constitutionalism by ignoring the constitutional text and substituting constitutional rules by personal conceptions of moral and justice. The superior courts’ action rewrites the Constitution, giving more power to judges and fewer prerogatives for the elective branches, unbalancing the system. Claiming to truly represent the people’s will and waiting for popular applause, justices and judges use populist grammar to justify their decisions.

¹ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics**. New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962.

The Superior Electoral Court establishes rules for the elections, despite the lack of normative constitutional competence. This activity undermines fundamental rights. And so it was in the invention of a hypothesis of loss of parliamentary mandate by abandoning the party for which the representative was elected.² In the name of a fairer and more authentic representation, “and, above all, moral reasons”, the Superior Electoral Court ignored the constituent debates that expressly refused to incorporate the hypothesis in the congresspeople’s constitutional statute.

In a more recent decision, using reasoning based on abstract principles and statistics, the Superior Electoral Court decided that the political parties share public money proportionally considering the candidates’ race a few months before the elections. The decision brings no objective grounds for dividing the fund, and it postponed the new made-up obligation to 2022.³ However, the Supreme Federal Court, decided, after the parties’ resolutions about the fund division, that structural racism demands an urgent answer, creating a rule over the constitutional autonomy of political parties and the Political Parties Act.⁴

The fundamental rights were also the object of the judicial populist approach. Claiming the urge for ethics in politics and an obscure fundamental right of the society to be protected from bad candidates, the Electoral Court decided to immediately apply the Clean Record Law, disrespecting the constitutional principle of electoral anteriority and the non-retroactivity of fundamental rights restrictions.⁵ That does not mean that judges always act contrary to fundamental rights. In Brazil, the first two decades of the 20th century demonstrate a very significant advance in some rights of vulnerable groups (such as the LGBTQIA+ population) through the Judiciary. However, the issue resides precisely in the absence of a rational criterion that determines which rights will be preserved and which will not be. To some extent, giving themselves the power to decide about these rights is a way of manifestation of the populist phenomenon. A phenomenon that is not only Brazilian and that affects both domestic and international law.⁶ But in Brazil, the examples of dysfunctional performance by Public Authorities have been very eloquent. And the Judicial Branch cannot be immune to a critical approach.

² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 1398**. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Decisão em 27 de março de 2007. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 22610/2007**. Relator Ministro Cezar Peluso. Decisão em 25 de outubro de 2007.

³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 060030647**. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Decisão em 25 de agosto de 2020.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão em 05 de outubro de 2020.

⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 906-78.2010.6.02.0000**. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Decisão em 25 de agosto de 2020.

⁶ LIXINSKI, Lucas; MOROSINI, Fabio. Populism and International Law: Global South Perspectives. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 17, n. 2, p. 55-65, 2020.

From the Brazilian Supreme Federal Court, the collection of dysfunctions is startling. The Clean Record Law, which establishes restrictions on the right to run for elections disproportionately and unreasonably, was upheld by the Federal Supreme Court. The justification was that the Law “(i) meets the moralizing purposes for which it is intended; (ii) establishes qualified requirements for ineligibility and (iii) impose sacrifice on the individual freedom to run for public office that does not exceed the socially desired benefits in terms of morality and probity for the exercise of said public munus”. In other words, in search of applause from society, fundamental rights are helpless.⁷

Against the constitutional rule of innocence presumption, the Justices presented arguments on criminal public policies and questionable data against the constitutional guarantee. With no legal argumental, no constitutional basis, some Justices decided to narrow the constitutional protection in the name of the sense of justice.⁸ It is interesting, however, to emphasize that this decision was not unanimous. Part of the Justices was against the result. However, this does not mean that it is possible to identify a part of the Court that is more attached and another part less attached to constitutional provisions. Depending on the political convenience, the same justices who protected the Constitution in a case can oppose it without embarrassment.

For example, the Supreme Federal Court discussed the possibility of renewing the directive tables of the National Congress's legislative houses (ADI 6524). The constitutional text is crystal clear when prohibiting this possibility: “Each of the Houses will meet in preparatory sessions, from February 1, in the first year of the legislature, for the investiture of its members and election of the respective Tables, for a mandate of 2 (two) years, with no possibility of re-election to the same post in the immediately subsequent election” (art. 57, 4). Nevertheless, the Court was one vote away from allowing re-election when the constitutional text prevailed. In this case, the group of justices who wanted to impose an interpretation entirely outside the text was the same one that defended the text in the previous case. The group that wanted to give a restrictive interpretation of the text, in this case, was the same group that wanted an extensive interpretation in the previous case. In both cases, the motivations of the justices were evidently political and not legal oriented.

Another example, from an extensive list, is the destruction of the representatives' constitutional prerogatives. The 1988 Constitution forbids the arrest of congresspeople unless in some limited cases. In the name of morality and the people's will, the majority

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29**. Relator Ministro Luiz Fux. Decisão em 16 de fevereiro de 2012.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126292**. Relator Ministro Teori Zavascki. Decisão em 17 de fevereiro de 2016.

of the Supreme Federal Court's Justices sent to prison a Senator⁹ and the House of Representatives' Chair.¹⁰ In such cases, the decisions recognized that the Constitution does not allow such measures, but it is argued that exceptional situations would require exceptional measures. In other words, it would be up to the judges to decide outside the Constitution if the Constitution does not provide them with a morally acceptable answer to the question.

The Judicial Branch also is the stage for lawfare battles. One of the most shocking examples is the removal of Jackson Lago, elected governor of Maranhão. The Superior Electoral Court invalidated the majority of the electorate's choice based on a legal provision that in a subsequent decision was considered incompatible with the Constitution of 1988.¹¹ There was no majority recognition of any illicit fact on the campaign.¹²

At the Supreme Federal Court, a judicial decision seems to trigger the impeachment process against Dilma Rousseff. Dilma appointed former President Lula, the defendant in a criminal action linked to Operation Lava Jato (Operation Car Wash),¹³ as his Chief Minister of the Civil House (a position similar to the U.S. Secretary of State). Alleging purpose deviation, a political party filed a lawsuit in the Federal Supreme Court. Despite the absence of specific Constitution requirements, a minister individually granted an injunction and prevented Lula from taking over.¹⁴ When the vice president assumed the presidency due to the impeachment, he named for the same position a politician who was also a defendant in a criminal action. A political party filed a lawsuit before the Federal Supreme Court. Another rapporteur was selected by lot, who kept the appointment in the face of the impossibility of assuming purpose deviation.¹⁵

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar n. 4039**. Relator Ministro Teori Zavascki. Decisão em 24 de novembro de 2015.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar n. 4070**. Relator Ministro Teori Zavascki. Decisão em 24 de novembro de 2015.

¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso contra a Expedição de Diploma n. 671**. Relator Ministro Eros Grau. Decisão em 03 de março de 2009.

¹² SALGADO, Eneida Desiree; SOBREIRA, Renan Guedes. A democracia no tapetão: a Justiça Eleitoral contra a soberania popular. In: MORAES, F. Salgado, Eneida Desiree; AIETA, Vânia S. (Org.). **Justiça Eleitoral, controle das eleições e soberania popular**. Curitiba, Ithala, p. 115-153, 2016.

¹³ Operation Car Wash (Lava Jato) is a famous operation against corruption in Brazil, led by former judge Sergio Moro. Moro relies on the support of a significant part of the population but has been accused of being biased and of not following basic principles of Brazilian due legal process. For more details, check CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 136, p. 293-319, 2017 and GABARDO, Emerson; LAZZAROTTO, Gabriel Strapasson; WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro. Ética pública e parcialidade no combate à corrupção: o caso The Intercept Brasil vs. Operação Lava Jato. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 151-198, jan./abr. 2021.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.070**. Ministro Gilmar Mendes. Decisão em 18 de março de 2016.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.609**. Ministro Celso de Mello. Decisão de 14 de fevereiro de 2017.

Judicial decisions based on moral arguments and appeals to exceptionality built obstacles to ex-president Lula's candidacy in the 2018 election. The same judge who irregularly publicized the tapped conversations between President Dilma and the former President, later ordered Lula's arrest. The first case was analyzed by the Federal Regional Court of the 4th Region, which considered an exceptional situation, requiring exceptional measures.¹⁶ The pace of decisions about the ex-president was very peculiar, going hand in hand with the electoral schedule.¹⁷ The ex-president has his candidacy denied by the Superior Electoral Court,¹⁸ contrary to previous decisions that allowed candidates to participate in the election even with a judicial discussion about his eligibility. The judge who illegally publicized the conversation and ordered Lula to be arrested leaves the magistracy and becomes the Minister of Justice of the victorious government in an election where debatable judicial decisions removed the front runner from the dispute.

The self-image of the Federal Supreme Court is very peculiar. In analyzing the Court decisions in 2016, one of the Justices and two co-authors use the "cherry-picking" method. While one paragraph is dedicated to the controversial individual resolution on the former President Lula appointment – that was the very beginning of the crisis, the Federal Supreme Court's role in discussing the impeachment proceeding is celebrated as an example of self-restraint. Ironically, the analysis also cherishes the decision on the Lower House Speaker's suspension and the alteration of the line of presidential succession – both clearly against constitutional commands.¹⁹ In other words: the Federal Supreme Court should be applauded when it practices self-restraining and when it does not, depending on a subjective analysis of when it is necessary to intervene in politics and when it is not. The effects are almost irrelevant to the alleged self-criticism.

And more: Brazilian superior courts systematically authorized the development of Operation Lava Jato, which carried out several arrests for corruption between 2014 and 2018, including that of former President Lula. Even having knowledge of the numerous abusive acts of the Operation, the STF – Federal Supreme Court did not impede the actions of judges and prosecutors. On the contrary, it systematically endorsed the Lava Jato's acts of lawfare, not recognizing the insults to the due process of law.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. P.A. **Corte Especial nº 003021- 32.2016.4.04.8000/RS**. Voto do Relator Des. Federal Rômulo Pizzolatti. Decisão de 22 de setembro de 2016.

¹⁷ ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. Lula e lawfare política: o caso do processo penal com dupla velocidade. In: ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de; ARAÚJO, Gabriela S. Soares de; SIQUEIRA NETO, José Francisco; RAMOS FILHO, Wilson (Coords.). **Vontade popular e democracia: candidatura Lula?** Bauru: Canal 6 Editora, p. 206-213, 2018.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Registro de candidatura n. 060090350**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Decisão em 01 de setembro de 2018.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto; BENVINDO, Juliano Zaiden; OSORIO, Aline. Developments in Brazilian constitutional law: The year 2016 in review. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15 n. 2, 495-505, 2017.

However, after the 2018 election and the rise of Jair Bolsonaro to the presidency of the Republic, the attitude has changed. The president's evidently authoritarian posture, and his attacks against the Judiciary, impacted the view of the Supreme Court Justices. As a result, the STF determined the complete annulment of the proceedings against former president Lula (based on procedural nullity due to an offense to due legal process – with the recognition of the suspicion of the responsible magistrate). The Supreme Court had been pragmatically lenient with Operation Lava Jato for years and then brought about its extinction. This unstable posture directly attacks the foundations of the rule of law. Furthermore, it represents an exceptional situation currently experienced, in which the Judiciary Branch changes its positions based on the political situation of the moment, on previous ideological conceptions, or on its moralistic view of reality.

Whether in the firm performance of Lava Jato (in disregard of due legal process), or in the unconstant actions of the Federal Supreme Court (allowing all irregularities for years to finally say that everything was irregular), the fact is that the Judiciary has become a relevant political actor on the national stage. Initially, there was a consensus that judicial activism in favor of fundamental rights was emerging. So, almost the entire legal community defended this posture (called neoconstitutional or post-positivist approach). However, the phenomenon gave rise to uncontrolled activism, inserted in a complex political and social context that gave rise to lawfare practices, democratic decay, and erosion of the rule of law. After a period of solid advances in democracy and fundamental rights, the authoritarian and elitist tradition in Brazil has radically returned – paradoxically, the backlash occurred with the participation of the Judiciary at the center of this authoritarian phenomenon of the rise of the far-right. This is the central issue that we will address in the article

For researching the problem and discussing the hypotheses, we apply the theoretical-deductive method. We use an interdisciplinary bibliographic reference that we consider relevant to the theme. The sources that give rise to the arguments are from the specialized literature and the Brazilian reality's subjective analysis. We did not present empirical data: our object is the ideas, practices, and representations about the subject verifiable from observing institutional and social phenomena, actions, and situations.

2. THE BRAZILIAN CONTEXT: EXCEPTION, LAWFARE, AND DEMOCRATIC DECAY

Modern politics demands the rule of law. And the idea of the rule of law requires some premises. Its “horizon of meaning” is based on three cardinal points: political power (sovereignty, the State), law (objective right, norms), and individuals (citizenry,

legitimacy).²⁰ As Martin Krygier emphasizes, the rule of law is not just a matter of “legal effectiveness” or “legal provisions.”²¹ It is a set of values that can be institutionalized in different ways. Law, produced by political power, serves as a barrier to the political power that threatens individuals – this is the somewhat peculiar logic of the notion of rule of law. Add the adjective “democratic,” and the promise becomes more strenuous: The law produced by the power must be created with citizens’ consent to guarantee individuals against the abuse of power. And more: It must be applied as the law establishes, respecting its procedure and substance, by elected officials democratically legitimized, directly or indirectly.

The constitutional and democratic Brazilian rule of law logic entails a series of institutional mechanisms to make it work. First of all, the supremacy of the public interest over the private is the ultimate principle of Public Administration. Although there are authors denying this principle’s existence, they represent the minority literature, as has been well explained by Daniel Wunder Hachem.²² Furthermore, some general characteristics surrounding the concept usually used in French, German and Anglo-American doctrine can be highlighted: the system of separation of powers, the checks and balances tools, and mutual controls are an essential part of its engineering, as well as instruments of transparency, participation, and control – horizontal and vertical accountability. Another indispensable component of this modern model of State is a bill of fundamental rights, liberty guarantees, and the counter majority power of minorities in the face of the decisions of the majority.²³ In the Brazilian case, it would also be possible to highlight the refusal of subsidiarity as a determinant of state power ends, as well as the central role of the Union (of the Federation) in the constitutional model realization.²⁴ These characteristics can be understood as the Brazilian constitutional “identity.”²⁵

In general, the Constitutions impose respect for fundamental rights on the part of public agents (all of them: parliamentarians, administrators, bureaucrats, members of the security forces, members of the Public Prosecutor’s Office, judges). Given the horizontal effect of fundamental rights, it is even possible to affirm that individuals must

²⁰ COSTA, Pietro. The Rule of Law: a historical introduction. In: COSTA, Pietro, ZOLO Danilo (Coords.). **The Rule of Law: history, theory and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007.

²¹ KRYGIER, Martin. False Dichotomies, True Perplexities, and the Rule of Law. In: SAJO A. (Ed.). **Universalism and Local Knowledge in Human Rights**, Kluwer, 2003.

²² HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, n. 46, p. 199-219, 2011.

²³ HALPERN, Philip. The Rule of Law. **New York State Bar Journal**. v. 33, n. 4, p. 256-260, 1961. p. 257.

²⁴ GABARDO, Emerson. Estado Social e Estado Subsidiário: dois modelos distintos de desenvolvimento. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. Belo Horizonte, v. 11, n. 3, p. 283-299, 2019.

²⁵ Borrowing a concept that was used by Poland’s Constitutional Court in 2010 when establishing the basic values that would portray the republic’s identity). WYRZYKOWSKI, Mirosław. Experiencing the Unimaginable: the Collapse of the Rule of Law in Poland. **Hague Journal on the Rule of Law**, v. 11, p. 417-422. 2019.

respect fundamental rights in private relations. The constitutional guarantees of the individual against power must inform the drafting of the law, its application, its interpretation, and its adjudication.²⁶

All of this is indisputable at the normative level. In the world of what “ought to be”, the centrality of fundamental rights in a democracy is undeniable. However, internal and external enemies always jeopardize democracy and fundamental freedoms, and the struggle for their observance and implementation must be constant. In turn, this reality’s impact on the traditional concept of the rule of law enshrined in the Brazilian Constitution of 1988 is evident.

Tzvetan Todorov describes the “intimate enemies of democracy.” For the author, the constitutive elements of democracy are the people, freedom, and progress. The imbalance between the components transforms the dominant factor into an enemy of democracy, such as populism, ultraliberalism, and messianism. For him, morality and justice at the service of the politics of states damage both morality and justice: politics make them simple instruments in the hands of the powerful.²⁷ From another perspective, the Brazilian case can also be analyzed from the concept of democratic decay, as Tom Daly described. In other words, Brazil is experiencing a process of “incremental degradation of the structures and substance of liberal constitutional democracy”.²⁸ In the present study, the object is not research on the erosion process of the traditional rule of law image. However, the recognition of democratic decay or the existence of enemies to the democratic system is a factor linked to the erosion of the rule of law, and several of the analyzes referring to one of the phenomena can be applied to the other.

Considering the facts experienced at the beginning of the 21st century, we consider essential the analysis of the contribution of institutions to the erosion of the rule of law and the construction of a social imaginary of exception. This social imaginary of exception means the advent of normalization of practices antagonistic to the rule of law model enshrined in the 1988 Constitution and until then recognized by the traditional mentality. The advent of this imaginary can be recognized from the analysis of several factors and elements. The most common analyzes focus on the behavior of the Executive Branch (sometimes in the legislative) – or even of society in general.

In the Brazilian case, of course, it would be possible to identify the historical influence of authoritarianism in all these fields of analysis. It is impossible not to refer to this complex phenomenon that is absolutely interconnected: the connection between

²⁶ GOMES, Magno Federeci; FREITAS, Frederico Oliveira. Conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 10, n. 41, p. 181-207, jul.-set. 2010.

²⁷ TODOROV, Tzvetan. **The Inner Enemies of Democracy**. Tradução de Joana Angélica d’Ávila Melo. Malden: Polity Press, 2014.

²⁸ DALY, Tom. Understanding Multi-Directional Democratic Decay: Lessons from the Rise of Bolsonaro in Brazil. **Law and Ethics on Human Rights**, v. 14, n. 2, p. 199-226, 2020. p. 3.

the behavior of the Branches of the State and civil society as an inseparable whole. However, we will analyze this reality based on the behavior of the Judiciary Branch. It is an original object, considering the majority of papers on the subject. As Tom Daly expounds, an excessive focus on the Executive Branch can lead to a less comprehensive analysis of the general process of democratic decay.²⁹ From another perspective, as Juliano Zaiden explains, “if it is possible to draw a normativity of the discourse justifying authoritarianism, Brazil serves as an important paradigm due to the way in which law – and the concepts that derive from it – were strategically biased to defend, in the dictatorship, the democratic varnish.”³⁰ The new judicial rhetoric, founded on a change in the understanding of the concept of the rule of law, has a similar purpose to some extent, that is, to legitimize practices contrary to the current constitutional regime, maintaining the appearance of the regularity of its new behavior.

Considering this described research object, in Brazil’s case, we hypothesize that the Judiciary played a crucial role in this process by assuming an authoritarian populist bias and carrying out a new kind of lawfare practices.³¹ Judicial populism shares some characteristics with the political branches postures: it challenges the legitimacy of established powers, it claims to represent the *vox populi*,³² it uses constitutional mutation to consolidate the power in the hands of Justices,³³ and to undercut the checks and balances system.³⁴ As their political fellows, the judicial populists do not deny political representation: they claim to be the true representatives.³⁵ In judicial populist decisions, there is less concern about the legal reasoning and the respect for the Constitution and more references to the “will of people”.

²⁹ DALY, Tom. Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro. 11 mar. 2019. **14th International Human Rights Researchers’ Workshop: ‘Democratic Backsliding and Human Rights’**, organised by the Law and Ethics of Human Rights (LEHR) journal, 2-3 Jan. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3350098> Acesso em: 20 mai. 2020.

³⁰ Translation of the original text in Portuguese: “se é possível desenhar uma normatividade do discurso justificador do autoritarismo, o Brasil serve como um importante paradigma em razão do modo como o direito – e os conceitos que dele derivam – foram estrategicamente enviesados para defender, na ditadura, o verniz democrático.” CARVALHO, Ângelo Gamba Prata; BENVINDO, Juliano Zaiden. Os “imperativos da revolução de março” e a fundamentação da ditadura. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 113-145, 2018. p. 115.

³¹ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 117, n. p. 193-217, 2018.

³² NORRIS, Pippa. Is Western democracy backsliding? Diagnosing the risks. **Journal of Democracy**. v. 28, n. 2, 2017.

³³ LANDAU, David. Populist Constitutions. FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 861, **University of Chicago Law Review**. n. 521, 2018. Disponível em: [SSRN: https://ssrn.com/abstract=3053513](https://ssrn.com/abstract=3053513) Acesso em: 12 out. 2020.

³⁴ NORRIS, Pippa. Is Western democracy backsliding? Diagnosing the risks. **Journal of Democracy**. v. 28, n. 2, 2017.

³⁵ MÜLLER, Jean-Werner. **What is populism?** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

At the level of International Law (or Law of War) Lawfare is a practice “that erodes the good faith application of the laws and customs of warfare is illegitimate and untenable”, as Michael A. Newton explains.³⁶ However, adapting the concept to the “war against corruption”, waged in national states’ internal space, the idea takes on a peculiar feature. It is a strategy that uses traditional legal concepts and institutes (lawfully or illicitly, constitutionally or unconstitutionally) for a fight against opponents (ideological or political). Of course, this behavior is contrary to the traditional concept of the rule of law developed in European tradition and accepted by the current Brazilian Constitution – founded on the due legal process, separation of powers, and objectivity in applying the law.

The current Brazilian political situation has opened a window of opportunity for an exacerbated strengthening of judicial moralist activism,³⁷ culminating in a populist Judiciary that acts through lawfare. In general, it is customary to find the populism of charismatic leaders within the Executive, not in other branches. That occurs significantly in Latin America, although there are different approaches to the subject.³⁸ For this reason, it becomes interesting to reflect on whether a populist judiciary is possible. In turn, lawfare practices imply the use of law as a political weapon against opponents. In other words, the judges, who should be neutral and objectively use the law, start to create war strategies that promote an ideological approach of the due legal process.³⁹

In the present Brazilian context, it seems possible to point out multiple enemies for democracy. The simulacrum of the rule of law now performs institutional ruptures. The “situation of exception” once again seems to return, but now it is not with a formal *coup d’état*, and it also comes from the Brazilian Judicial branch and not against it. This novelty requires even greater caution in dealing with the issue. The contrast with the traditional concept of the rule of law is evident on the one hand; on the other hand, not so much. The elements for analyzing the phenomenon are complex and require an eclectic approach.

After the 1988 Constitution, the Brazilian Judiciary gradually assumed an increasingly prominent role. In particular, after the first decade of 2000, there was an increase in its activist function, advancing more and more on the political activity of the other branches of the Republic. In Brazil, prevailed the idea of a living constitution, typical of

³⁶ NEWTON, Michael A. Illustrating Illegitimate Lawfare, Case Western. **Reserve Journal of International Law**. v. 43, n. 1 e 2, p. 255-278, 2010. p. 255.

³⁷ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 17, n. 70, p. 65-91, 2017.

³⁸ NYENHUIS, Robert. Populism in South America: Democratic Panacea or Pitfall? **American Journal of Economics and Sociology**. v. 78 n. 3, Mai. 2019.

³⁹ ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

organicists, who affirm that it is necessary to interpret the Constitution according to its time (values, meanings, intentions) as a form of “social power” to normalize life. This is a prevalent view in contemporary constitutionalism. However, in practice, this idea has been taken to a level of exercise of power never before imagined. Oscar Vilhena Vieira called the Federal Supreme Court’s expansion of importance “supremocracy” – a phenomenon in which the Court began to exercise not only the power to interpret the Constitution but also to create rules, traditionally something exclusive to the other two State branches.⁴⁰ Currently, it is possible to identify an even more significant advance, in which the Judiciary aims to be, on the one hand, a direct representative of the people and, on the other, an enlightened elite with the power to propel history.⁴¹ This is a trouble to the Brazilian rule of law.

However, it is not permissible for the Supreme Court Justices to feel at ease to “push history” or to present itself as the “enlightened vanguard.” Judicial activism beyond constitutional boundaries based on extra-legal arguments harms the institutional state functions. Judicial messianism beyond constitutional boundaries based on extra-legal arguments harms the institutional state functions. As Tom Daly suggests, this kind of populism can demonstrate the Brazilian democratic decay process.⁴² This different role of the Judiciary is new and problematic. Besides, it is a crucial component in the Brazilian institutional reconfiguration. Even without significant institutional formal changes since 1988, Brazilian judges’ performance in the last twenty years has significantly changed the traditional checks and balances system. In the previous years, we can see this phenomenon’s apogee and the consequent growing of criticism about it.

3. RULE OF LAW EROSION AND THE BRAZILIAN JUDICIARY

The rule of law characterizes the self-image of Western civilization. It is part of the identity of modern society since it has constituted the subject as a citizen. However, its meaning is uncertain and controversial, as it depends on different variables for its understanding. If, on the one hand, the concept of the rule of law has never been so prominent, on the other hand, this does not mean that the idea really has the same meaning at any time and place. As Martin Krygier says, no one can dictate a single

⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

⁴¹ The defense of the Judiciary’s role as an enlightenment vanguard is expressly carried out by Supreme Court Justice Luís Roberto Barroso. BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies. *The American Journal of Comparative Law*. v. 67, n. 1, p. 109-143, 2019.

⁴² DALY, Tom. Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro. 11 mar. 2019. **14th International Human Rights Researchers’ Workshop: ‘Democratic Backsliding and Human Rights’**, organised by the Law and Ethics of Human Rights (LEHR) journal, 2-3 Jan. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3350098> Acesso em: 20 mai. 2020.

concept of the rule of law: “it is too late for that.”⁴³ To start, the most common “dichotomy” is between the English tradition of Rule of Law and German Rechtsstaat.

Rechtsstaat is a concept that connects the state political system to the legal system as dissociated elements. At the same time, the rule of law is a theory constituted within the legal order inseparable from the idea of the State. But the fact is that the two concepts have similar answers to the same questions and over time they have come to understand the same core of meaning. It remains crucial, however, not to mistake “legal theory” (which is in the realm of the ideas) with “legal reality” (which is in the domain of practices and social representations).⁴⁴ In this regard, positivists like Hans Kelsen and Herbert Hart played a crucial role in constructing the contemporary concept of the rule of law, as Nicolas Barber explains.⁴⁵

In the view of the history of ideas in Europe, the origin of the rule of law and Rechtsstaat concept stems from an environment of resistance to oppression and formation of a right to oppose power – which emerged in the 18th century from a liberal and anti-absolutist mentality that predicates the enlightenment.⁴⁶ However, the concept was not due to the French Revolution. The expression, as is common knowledge, came from Germany. Its core was the opposition to the “state of police”. Moreover, the additional guarantees of private property and legal security expansion were vital to the new concept.⁴⁷ An ideal whose objective is to control power culminates in the 19th-century legal positivism of the Pandectists.⁴⁸ Indeed, the typical legality ideal of liberal constitutionalism of the 1800s, despite being considered timid and insufficient nowadays, portrays a crucial pillar for the future development of the contemporary political-legal system.⁴⁹

Parallel to the continental-European construction of the rule of law concept, it’s relevant to highlight England’s tradition (that also influenced the western imaginary regarding the rule of law). British puritans such as John Locke and Johannes Althusius described the political characteristics of a proper system of “checks and balances”:

⁴³ KRYGIER, Martin. The Rule of Law: Pasts, Presents, and Two Possible Futures. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 12, n. p. 199-229, 2016.

⁴⁴ CICHELO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 5, n. 1, p. 15-40, 2018.

⁴⁵ BARBER, Nicolas W. Review: The Rechtsstaat and the rule of law. *The University of Toronto Law Journal*, v. 53, n. 4, p. 443-454, out. 2003.

⁴⁶ VENTURI, Francesco. *Utopia e reforma no iluminismo*. Bauru: EDUSC, 2003.

⁴⁷ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 311.

⁴⁸ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004.

⁴⁹ HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 46, p. 199-219, 2011.

Primacy of law (especially for public administration), separation of the powers, recognition of the state as a legal entity, rights, and fundamental guarantees as supreme norms. These ideas consolidated upon a “due legal process” stemming from the *Bill of Rights* established by the Glorious Revolution.⁵⁰ Danilo Zolo explains that rule of law constituted itself as a legal pragmatism of a subjective rights authority in which the judge is many times more important than a legislator. Due to this tradition, essential guarantees such as the *habeas corpus* and the *writ of mandamus* emerged and became essential.⁵¹

The rule of law doctrine was received late in France, especially with Carré de Malberg, who was a critic of the French tradition of distrust of judges (opposition to the so-called “government des juges”). He sought to enlighten the fairly common confusion regarding “state interest”, which was considered a political matter, and “state limitation”, considered a legal matter. He elaborated on the distinction between the “*État de droit*” and the “*État légal*” (or legal state) from the German notion of *Rechtsstaat* and the U.S. notion of rule of law.⁵² The legal state was related to a formal view of the legal system, contemplating the demand for a strong guarantee of the principle of the separation of the powers and legal certainty. The *État de droit*, in contrast, implied a guarantee of law enforcement upon politicians and public authorities, in addition to indicating the construction of a predictable and secure system based on formal procedures.

As Danilo Zolo maintains, the diversity of the rule of law concept loses importance when the idea’s philosophical values and principles are in focus.⁵³ The notion of legality, for example, is an element present in different traditions and which definitely influenced the Brazilian tradition. For this reason, it would be possible to unify the historical experiences within a coherent theoretical framework, thus become plausible to understand the “rule of law” with the same conceptual identity. The idea of “*Estado de Direito*” that was developed in Brazil is an amalgamation of all these aspects, which can be combined in the same theoretical framework.⁵⁴ In the 20th century, the rule of law consolidated notion became one of the most essential political symbolic representations to Western capitalist society. Through this notion, it was possible to create the characteristic way of life of the 21st century. That was based on the valorization of life,

⁵⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **O imaginário protestante e o Estado de Direito**. Fortaleza, 246f. Thesis (Phd in Sociology). Universidade Federal do Ceará, 2010.

⁵¹ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a critical reappraisal In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Coords.). **The Rule of Law: history, theory and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007. p. 15.

⁵² ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a critical reappraisal In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Coords.). **The Rule of Law: history, theory and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007.

⁵³ ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a critical reappraisal In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Coords.). **The Rule of Law: history, theory and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007. p. 19.

⁵⁴ CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007 and BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 1996.

equality, dignity, and happiness of the people as a criterion of State legitimacy and efficiency.⁵⁵ Notwithstanding and beyond only law, the modern State also became a Social and necessarily democratic order.⁵⁶ Brazil received this inspiration and consolidated it legally in the 1988 Constitution.

However, the historical process of receiving the traditional concept of the rule of law was not linear or straightforward. In Brazil, the general idea of the rule of law has been present since the days of the monarchy or even before, with the Portuguese royal family's arrival in 1808.⁵⁷ There was already an intellectual aristocracy responsible for bringing new political ideas from Europe, such as liberalism, parliamentarism, federalism, constitutionalism, democratic and republican theories. All of them influenced Brazil since its first Constitution in 1824, which inevitably means that these ideas were also constitutive of a new political culture.⁵⁸ Even after the change to the republican regime, fundamental characteristics of the rule of law in Brazil (such as submission to the law, separation of the powers, and the guarantee of fundamental rights) were consolidated only in the realm of ideas. However, society lived in an uncertain environment where the effective law was that of local power, people did not have access to the institutions, and the separation of the powers was unstable (Leal 1997).

The equality of rights was formal rhetoric contrasted by a stratified and highly personalist society. Additionally, Brazilian personalism tends to be stronger than any other perspective of republican humanism characteristic of the rule of law. The individual autonomy, the patronage, the typical Latin American clientelism,⁵⁹ the difficulty of voluntary associations aside from periods of crisis, and the almost impossible construction of bonds without the presence of authority are the effective characteristics of this historical reality.

⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. v. 39, p. 131-167, 2018.

⁵⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2015.

⁵⁷ The arrival of the royal family was the result of the war between England and France in the early 19th century. Portugal, which was an ally of England, refused to obey the "Continental Blockade" determined by Napoleon Bonaparte. Afraid of the French reaction, King D. João VI decided to transfer his entire court to Brazil. Thus, Rio de Janeiro became the capital of the Portuguese empire, which resulted in transformations that had great importance in local development, culminating in the process of independence in Brazil in 1822. OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles. Repercussões da revolução: delineamento do império no Brasil. 1808/1831. In: GRINBERG, Keila; SALLES, Ricardo (Coords.). *O Brasil imperial*. 1. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, p. 15-54, 2009.

⁵⁸ CUNHA, Pedro Octávio Carneiro da. A fundação de um império liberal: discussão de princípios. In: HOLANDA Sérgio Buarque de (Coord.). *História Geral da Civilização Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, v. 1, t. 1, 1993.

⁵⁹ KITCHELT, Herbert; ALTAMIRANO, Melina. Clientelism in Latin America: Effort and Effectiveness Herbert Kitschelt and Melina Altamirano. In: CARLIN, Ryan E.; SINGER, Matthew M.; ZECHMEISTER, Elizabeth J. (Eds.). *The latin american voter. Pursuing representation and accountability in challenging contexts*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2015.

Brazil took a long time to establish an *État de droit* beyond an *État légal*. Even so, it was in an insecure, precarious, and dubious manner. The formation of the social imaginary around this notion could not have been different. Brazilians got used to the normalization of the arbitrary, rendering the rule of law ideal as the remaining mental space of resistance and hope, more than the consecration of the lived-in reality. Remarkably, the assertion of the rule of law is not enough to overcome the reasons of the State described realistically by Machiavelli.⁶⁰ Until the end of the 20th century, the authoritarian practices of the last five hundred years secured the Brazilian citizen as a subject compliant to the lack of certainty, impersonal and objective State space.⁶¹ In this manner, the standard of living that is associative and of a collective identity seems to be limited to private circles.⁶² The appreciation for democracy is not a characteristic of the local social imaginary. The normalization of exceptional situations contrary to the legal concept of the Brazilian rule of law is typical of its history. During most of Brazilian history, the idea of the rule of law has been something distant from reality. A mere abstraction originated in the academy or a formal judicial system that masks rights that are sometimes inefficient and other times are paradoxically arbitrary – but are nonetheless naturalized by a symbolic process of constitutionalization.⁶³

From the process of re-democratization and, particularly with the advent of the 1988 Constitution – as well as with the governments that succeeded in power in the 1990s and 2000s – there was an important change with the increasing affirmation of the concept of the *Estado de Direito*, based on the model inspired by European tradition. The 1988 Brazilian Constitution is strongly a guarantor, containing explicit rules guaranteeing fundamental rights, due to legal process, presumption of innocence, state publicity, administrative impersonality, balance between powers, and procedural remedies against abuse of power. It is easy to recognize the German, French and Anglo-American inspiration in the constitutionally established institutes. However, the affirmation of the concept of the rule of law also resulted from a strong performance by the judges and the public prosecutors.

In Brazil, there is an environment of incomplete social modernization, ideological plurality, judicial flexibility, a strong increase of hedonistic individualism, and the adoption and maintenance of the universal principles seem improbable – except those

⁶⁰ PIRES, Luís Manuel Fonseca. Razões (e práticas) de Estado: os mal-estares entre a liberdade e a segurança jurídica. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 167-189, 2016.

⁶¹ ACUNHA, Fernando José Gonçalves; ARAFA, Mohamed A; BENVINDO, Juliano Zaiden. The Brazilian Constitution of 1988 and its ancient ghosts: comparison, history and the ever-present need to fight authoritarianism. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, n. 3, p. 17-41, set./dez. 2018.

⁶² BOTELHO, André. Público e privado no pensamento social brasileiro. In: BOTELHO, André, SCHWARCZ, Lília Moritz (Coords.). *Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direitos*. São Paulo, Claro Enigma, 2012.

⁶³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

that come from faith. Thus, what predominates is ambiguity, deconstruction, and subjectivism. After all, in postmodern society, everything is interpretation. Rights depend on the language and personal power of those who have authority. Therefore, the rule of law known thus far becomes a typical institute of an outdated modernity. The “efficient democracy” defended by the right-wing parties after the 2016 parliamentary *coup* (a democracy that would be neither liberal nor social) goes along with the old format that has become popular once again: The so-called “Punitive State”;⁶⁴ a postmodern version of the “Police State”. And the Judicial branch is ready to give the public what it wants. In Brazil, responses to crime consist, for the most part, of severe penalties, translated into the absence of respect for constitutional guarantees and punishment as a solution to the problem (a false solution, obviously, but with strong popular appeal).

The consolidated concern in the average Brazilians’ memory is not that of the guarantee of legal certainty but that of hope regarding their personal safety.⁶⁵ A discourse, much more present in the elite’s *locus*,⁶⁶ but socially reproduced through a projection of the less favored classes regarding their ideal of the wealthy. The “Punitive State” individual wants security for himself; he accepts the due process of law to his family members; he defends the comprehensive formal defense for his friends. At last: what he truly wants is an *ad hoc* rule of law – only for those with whom he agrees (namely, those in the same groups, who belong in the same set). For the “other”, he offers indifference, banishment; or even, he asks to throw them in prison, he desires punishment for them, he wants revenge. As described by Pierre Ansar, the repressed, and later manifested, hatred creates affective solidarity that, surpassing internal rivalry, allows for the reconstitution of cohesion, of a strong identification of each one with their own group.⁶⁷

A common yet paradoxical concentration of defenders of Operation Car Wash and supporters of Jair Bolsonaro inside the same set of people illustrates well this

⁶⁴ AREND, Kathiana Pfluck. **Violência, punitivismo e criminalização da pobreza: as raízes do Estado penal à brasileira**. Dissertação. Mestrado em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020.

⁶⁵ It is not without reason that there is an expressive increase in the number of politicians elected with agendas related to “public safety” in the last elections – in general upholding punitive discourses and a general stance of violent repression against crime. The so-called “police” candidates are normally from the right-wing or those who are part of a physiological party, who defend a conservative agenda in terms of custom. BERLATTTO, Fabia; CODATO, Adriano; BOLOGNESI, Bruno. Da Polícia à Política: Explicando o Perfil Dos Candidatos Das Forças Repressivas De Estado à Câmara Dos Deputados. **Revista Brasileira De Ciência Política**, 21, pp. 79-122, 2016.

⁶⁶ In the history of Brazil, in spite of the ebb and flow of the transmutation processes, there are still subjective bonds which are detectable and that sustain the current state Brazilian social stratification. GOMES, Magno Frederici; FREITAS, Frederico Oliveira. Conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 10, n. 41, p. 181-207, jul.-set. 2010.

⁶⁷ ANSART, Pierre. História e memória dos ressentimentos. In: BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia (Org.). **Memória e (re)sentimento: indagações sobre uma questão sensível**. Campinas: Unicamp, 2004. p. 22.

description. Jair Bolsonaro is a famous Brazilian ex-representative, elected President in 2018, who is a defender of neo-fascist ideas and who, even though being accused of incitement of rape, not to mention also breaching parliamentary decorum, has a very moralist agenda.⁶⁸ Both Moro's and Bolsonaro's speeches seek to win the support of the "good citizen", who defend morals and good customs and are in favor of the maximum penalty for sinners and criminals. These good citizens seek for similars to constitute a community of the chosen people. Identity is the watchword, and the internet environment turns out to be very conducive to developing this ideological perspective.

Alterity, so precious to any State that portrays itself as social, seems to be a value incompatible with the "Era of Facebook". For "the other", ostracism, exclusion, subjective and discursive negation are exalted. An irrational, paradoxical action, but one that is often supported by religious belief. The everyday life tragedy is that the very "good citizen" is who shouts out for the suspension of fundamental rights. And they do so worked up by agents such as the media and the church. Also by new actors such as the Judicial branch – that in Brazil is composed of a "royalty in robes",⁶⁹ who upholds the highest salaries possible considering both public and private sectors.⁷⁰

All corporate associations of judges publicly applauded when Sérgio Moro ordered the arrest of former President Luís Inácio Lula da Silva (of the Workers' Party), accusing him of corruption. In doing so, the path of its main competitor, Jair Bolsonaro, was facilitated in the presidential election that followed.⁷¹ And they continued to support Moro when he accepted Bolsonaro's invitation to take up a ministerial post in the government that, as a judge, he helped to elect with his decisions. The situation is surreal, both from the point of view of democratic principles and under the values of the rule of law. The exceptional context implanted by Bolsonaro in his government, composed of insane and incompetents,⁷² would not have been possible without the

⁶⁸ For more details on the subject, check RUFFATO, Luiz. De volta para o passado: Político, Bolsonaro demonstra profundo desprezo pelas agremiações. "Católico fervoroso", Bolsonaro tem profundo desprezo pelo ser humano. 2016. *El País*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/27/opinion/1461763857_559135.html Acesso em: 20 mar. 2020. And: CIOCCARI, Deysi; PERSICHETTI, Simonetta. Armas, ódio, medo e espetáculo em Jair Bolsonaro. *Revista Alterjor*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 201-214.

⁶⁹ REZENDE, Maurício Corrêa. **Democratização do Poder Judiciário no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

⁷⁰ And that do not feel ashamed in defending their interests and privileges even in these most devastating times of social exclusion, unemployment, reduction of labor laws and economic crisis of the state. FORUM. **Mesmo com aumento de 16,38% do salário, juízes pedem para Luiz Fux, do STF, manter auxílio-moradia**. 24 nov. 2018. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/mesmo-com-aumento-de-1638-do-salario-juizes-pedem-para-luiz-fux-do-stf-manter-auxilio-moradia/> Acesso em: 17 mar. 2020.

⁷¹ POWER, Timothy J; HUNTER, Wendy. Bolsonaro and Brazil's illiberal backlash. *Journal of Democracy*. v. 30, n. 1, p. 68-82, 2019.

⁷² An interesting analysis of the members of the Bolsonaro government was made by Tom Phillips and Don Phillips at The Guardian. THE GUARDIAN. **Unqualified, dangerous: the oddball officials running Bolsonaro's Brazil**. 2 jan. 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2020/jan/02/bolsonaro-brazil-government-oddball-officials>. Acesso em: 17 mar. 2020.

economic elites and the Judiciary having strongly supported the political setback – although more recently, the ruptures started due to the evident and predictable excesses of the neofascist government of Jair Bolsonaro.

Another small but significant demonstration of this fact is the current trivialization of “plea bargains” which have become a sign of the present moment in Brazil.⁷³ Better yet, the “snitch”, so commonly criticized, has now achieved a position of social prestige. Without a doubt, this is a very illustrating caricature of the Brazilian’s lack of attachment to the rule of law and republican ethics as part of their social identity.⁷⁴ The substitution of the virtues of sacrifice, courage, and honor for pragmatic concepts, typical of a reason with ulterior motives, reinforces the predominant individualism and the opportunism that is currently on high. Other mechanisms such as the presumption of guilt,⁷⁵ the lack of prestige regarding the guarantee of the due legal process,⁷⁶ and different strategies of flexibilization of the presumption of innocence,⁷⁷ constitute ideal representations that perfectly combine with the moralist social imaginary. That is predominant in history as well as authoritarian practices traditionally experimented. In other words, in the Brazilian constitutional experience, the public and institutions adjust themselves to the exception (to a certain extent) as the norm.⁷⁸ In contrast, when the police or morals become the primary value in a judicial system, the image of the lawyer becomes part of a rhetoric destined to legitimate a false process that is ultimately concerned with the interests and the passions of those who hold power (not of the

⁷³ The plea bargain did not exist in the Brazilian legal system and was introduced at a dangerous time, considering the abuses that have been committed by the Judiciary. Contrary to the United States System, which has a strong tradition in this matter, the plea bargain in Brazil ends up being a strong mechanism for easing the fundamental guarantees of defense of the accused, that is, an instrument of an affront to the rule of law.

⁷⁴ One must point out that it is not about the plea bargain itself, but about the way in which it has been introduced in the practices of the Brazilian punitive system. In the realm of ideas, the bargains have been built on the premise of a pragmatic ideology that is against the tradition of thought which has been slowly built in the Brazilian intellectual environment and, especially, against the victorious constitutional sentiment built throughout the 80s.

⁷⁵ Examples: duty to prove that a fact did not happen, presumed intent, conscious guilt, Theory of the domain of the fact, willful blindness doctrine, objective sanctionary responsibility. Ultimately, many instruments of the model rooted in the acceptance of the “diabolic evidence” as the basis of the conviction – with reversal of the burden of proof.

⁷⁶ PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 25, n. 134, p. 87-107, 2017.

⁷⁷ Regarding the subject, see HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). *Direito do Estado*, n. 86, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em: 20 mar. 2020 and BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, v. 9, n. 37, p. 11-55, 2009.

⁷⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

positive legal system or justice). In this context, the figure of the lawyer is passed along to the side of the villains who must be fought (another historical recurrence).⁷⁹

The positions “in robes” have always constituted the pinnacle of the group that sustains the system of structural privileges. Until the end of the 20th century, the political elites were not distinct from the economic and bureaucratic elites. The beginning of this rupture is only in the transition from the 20th to the 21st century, which allowed social eclecticism to begin to interfere in the system. As Armando Boito Jr. puts it, the directors of the Operation Car Wash at the same time act as part of and as representatives of politicians of the superior fraction of the middle class.⁸⁰ Besides, they act as State bureaucrats inserted in a specific branch of this apparatus whose private function is to in fact watch over and maintain the capitalist order – a specific capitalist order founded on patrimonialism of religious, hierarchical, and, above all, stratifying families. But Operation Car Wash is nothing more than a symbolic representation of the entire “robes corporation” which acts in a self-protecting form into a system of coordinated privileges, trades, and compensations, for they partake in the feeling of belonging to the same social body: the elegant conservative group which is intelligent, white, heteronormative, wealthy and religious. A part of the society that sees itself legitimized to seek “justice”, oriented by their own subjective presuppositions of what is right and what is wrong, ultimately drawing the rule of law closer to an authoritarian ethical state.⁸¹

4. THE ILLIBERAL BACKLASH AND THE RETURN TOWARD AN AUTHORITARIAN PERSPECTIVE

The Constitution of 1988 started a peculiar process of social modernization by constructing a democratic environment and reinforcing fundamental rights that are typical of the rule of law. The economic development of the welfare state model in the first decade of the 21st century due to the emblematic election of a left-wing government finally consolidated this process. Nevertheless, surprisingly, there was a historic turnaround at the height of the consolidation of democracy, the rule of law, and social

⁷⁹ “Those who are left-winged lawyers are nothing but traitors”, declaimed Erich Weinert in 1925, in a satire aimed at justice. Alfred Apfel, who was precisely one of these renowned lawyers, says that not only were the republican judges few, but they were inexistent in provinces, and that also the defense representatives, attacked by local press, saw themselves vunerable to violence on the streets. After having evoked numerous examples of partiality in the courts, hey concludeds with sorrow in 1933: “How does one frighten oneself upon seeing an edification (whose foundation, justice, which had been corroded) that fell?” [Free translation from Portuguese] RICHARD, Lionel. **A república de Weimar**. Tradução de Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 270.

⁸⁰ BOITO JÚNIOR, Armando. Lava jato, classe media e burocracia de Estado. **Revista Lumen**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 1-9, 2017.

⁸¹ Gentili was a prominent philosopher who in Italian fascism. GENTILI, Giovanni. **Los fundamentos de la filosofía del derecho**. Tradução de Ernesto Campolongo. Buenos Aires: Losada, 1944.

modernization. Timothy Power and Wendy Hunter address this issue by recognizing the existence of an “illiberal backlash” in Brazil.⁸²

Although surprising, the setback experienced in the second decade of the 20th century in Brazil is not a product of chance. The recent facts that destabilized Brazilian institutions have rationally explainable historical roots. After a somewhat “exotic” period at the beginning of the 21st century (an intense development process between the years 1994 and 2014), Brazil tends to return to what it has always been: a society of an incomplete citizenry and where the interest of the dominating political groups prevails. This new scenario of economic regression and the advancement of the conservative social imaginary imposes a new subjection to the vulnerable population – the poor, women, black people, gays, transgender people, the elderly, drug addicts, the mentally ill, atheists, natives, *quilombolas*, and *ribeirinhos* – groups of all sorts and kinds who do not fit in the aesthetic norms, be them hierarchical or meritocratic.⁸³ These are the not-chosen ones: the sinners, the subalterns, and the weird.

Several emblematic events illustrate this phenomenon. Some can be cited as an example: the “abusive impeachment” – lack of constitutional nor legal fundament impeachment of a legitimate elected president (and, unlike the United States, in Brazil, it is necessary to commit a crime to justify impeachment);⁸⁴ a law that forbids teachers from exposing any political opinion while in class;⁸⁵ judicial decisions that forbid university students’ political meetings (although they were later annulled by the STF);⁸⁶ preparation of dossiers on the personal and political life of public servants who oppose

⁸² POWER, Timothy J; HUNTER, Wendy. Bolsonaro and Brazil’s illiberal backlash. *Journal of Democracy*. v. 30, n. 1, p. 68-82, 2019.

⁸³ Quilombolas are social groups resulting from old Quilombos (communities in the forest where the slaves who fled the 19th-century slavery regime hid). They have the same ethnic identity and seek to maintain ancestral customs, distinguishing themselves from the rest of Society (Furtado, Pedroza and Alves, 2014). Ribeirinho is a type of inhabitant of the riverside in the north of the country. They live in a subsistence system based on fishing and extraction. SILVA, Josué da Costa; SILVA, Adnilson de Almeida; CASTRO, Sheila. Novas Espacialidades e organizações na vivência do ribeirão na Amazônia. *Mercator*, Fortaleza, v. 11, n. 26, p. 121-130, oct. 2012.

⁸⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. Abusive Impeachment? Brazilian Political Turmoil and the Judicialization of Mega-Politics. *International Journal of Constitutional Law Blog*. 23 abr. 2016. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2016/04/abusive-impeachment-brazilian-political-turmoil-and-the-judicialization-of-mega-politics/> Acesso em: 12 out. 2020; PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Legisladores juizes: Impeachment na Constituição de 1988**. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017; KREUZ, Leticia Regina Camargo. **Constitucionalismo nos tempos do cólera: neoconservadorismo e desnaturação constitucional**. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2020.

⁸⁵ MADEIRO, Carlos. UOL Educação. 26 abr. 2016. **Deputados de AL aprovam lei que pune professor que opinar em sala de aula**. <https://educacao.uol.com.br/noticias/2016/04/26/deputados-de-al-aprovam-lei-que-pune-professor-que-opinar-em-sala-de-aula.htm> Acesso em: 31 out. 2020.

⁸⁶ STF. Notícias STF. **Plenário anula decisões que proibiram atos com temática eleitoral nas universidades em 2018**. 15 mai. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443456> Acesso em: 10 out. 2020.

the government;⁸⁷ public honoring of military regime torturers by elected authorities;⁸⁸ judges defending proposals for easing constitutional rights by authorizing illicit evidence;⁸⁹ flexibilization of the presumption of innocence and normalization of the presumption of guilt;⁹⁰ formal authorization from the courts so that judges may exact procedures unauthorized by the penal process code;⁹¹ punishment for judges who abide by the law and grant freedom to inmates under inhuman conditions;⁹² normalization of preventive arrests, even without starting the penal process nor having pre-determined time for its maintenance;⁹³ judicial selectivity in the verification of corrupt cases with the clear intention of political interference;⁹⁴ implementation of a governmental project that had been rejected during the elections;⁹⁵ an expressive increase of the murder rates of natives, quilombolas and landless workers);⁹⁶ public threats made by military against the ministers of the Supreme Court;⁹⁷ nomination of deans of universities who hadn't been elected in the first place by the university community;⁹⁸ police

⁸⁷ STF. Notícias STF. **STF julga nesta quarta-feira (19) ação sobre investigação sigilosa do MJ contra servidores antifascistas**. 18 Aug. 2020b. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449807>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁸⁸ G1. **Bolsonaro diz no Conselho de Ética que coronel Ustra é 'herói brasileiro'**. 08 nov. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/bolsonaro-diz-no-conselho-de-etica-que-coronel-ustra-e-heroi-brasileiro.html>. Acesso em: 12 out. 2020.

⁸⁹ CONJUR. **Sergio Moro defende uso de provas ilícitas e teste de integridade de servidores**. 5 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-05/moro-defende-uso-prova-ilicita-teste-integridade-servidor>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **Direito do Estado**, n. 86. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁹¹ CONJUR. **"Lava jato" não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4**. 23 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁹² TESTEMOTO, Rafael. Juristas criticam punição à desembargadora que liberou presos que já cumpriram pena. **Brasil de Fato**. 10 fev. 2017. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2017/02/11/juristas-criticam-punicao-a-desembargadora-que-liberou-presos-que-ja-cumpriram-pena>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁹³ CARDOSO, José Eduardo; PEIXOTO, Gabriela G.; RUTIS, Luiz A.; CARDOSO, Mayra M. O uso abusivo das prisões preventivas e o trabalho de Sísifo. **Conjur**. 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/opinio-uso-abusivo-priso-es-preventivas-trabalho-sisifo>. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁹⁴ CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 136, p. 293-319, 2017.

⁹⁵ SOUZA, Mariana Barbosa de, HOFF, Tuíze Silva Rovere. Governo Temer e a volta do neoliberalismo no Brasil: possíveis consequências para a habitação popular. **Urbe – Revista Brasileira de Gestão Urbana**, n. 11, 2019.

⁹⁶ SUDRÉ, Lu. **Primeiros dias de 2020 já registram ataques contra indígenas e quilombolas**. Brasil de Fato. 14 Jan. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/01/14/primeiros-dias-de-2020-ja-registram-ataques-contra-indigenas-e-quilombolas>. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁹⁷ SANTOS, Rafa. Villas Bôas volta a intimidar STF antes de sessão sobre 2ª instância. **Conjur**. 16 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-16/general-escreve-mensagem-intimidatoria-antes-julgamento>. Acesso em: 15 nov. 2020.

⁹⁸ VEJA. **Bolsonaro nomeia reitor menos votado pela terceira vez**. 10 ago. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/bolsonaro-nomeia-reitor-menos-votado-pela-terceira-vez/>. Acesso em: 21 mar. 2020.

raids in syndicate meetings and opposing political parties;⁹⁹ refusal to accept proof of scientific data by the government;¹⁰⁰ explicit governmental nepotism;¹⁰¹ destruction of truth commissions;¹⁰² ostensive murders of black people by the police in peripheric communities now undertaken as official public policy;¹⁰³ official denial of the Covid-19 outbreak for inappropriate political reasons;¹⁰⁴ among so many other examples that have been spread out as by geometric progression in the brief historical period of the second decade of the 21st century.

It would be impossible to describe all situations that could exemplify this authoritarian practices and social representations phenomenon. A subjection that maintains a society numbed and sedated before the expressive increase of cases of suspension of fundamental rights and rupture with the rule of law and democracy itself. In this context, it becomes perfectly explainable how a pernicious figure such as Jair Bolsonaro could have been elected as President of Brazil. However, the problem is not only in government branches. Particularly in law, it is necessary to denounce the “cynical reason” of jurists who support exception, be it because of opportunism, be it due to ignorance, be it through discourses that naturalize or camouflage their strategies of power.¹⁰⁵ Perhaps, it is possible to speak of a “dark side” of the rule of law, as suggested by András Sajó, when commenting on the “illiberal democracies.”¹⁰⁶

In this case, the President’s actions are not illegal. However, it goes against the university spirit and the democratic practice hitherto usual in the last decades (respected by the previous administrations of the Federal Executive Branch).

⁹⁹ FUP. **Polícia invade Sindicato no AM para interromper reunião contra Bolsonaro**. 25 jul. 2019. Disponível em: <https://www.fup.org.br/ultimas-noticias/item/24235-pm-invade-sindicato-no-am-para-interromper-reuniao-contra-bolsonaro>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁰⁰ AOS FATOS. **Bolsonaro nega orientações da ciência e distorce informações para minimizar pandemia**. 24 de Mar. 2020. Disponível em: <https://www.aosfatos.org/noticias/bolsonaro-nega-orientacoes-da-ciencia-e-distorce-informacoes-para-minimizar-pandemia/>. Acesso em: 18 ago. 2020.

¹⁰¹ DAMASCENO, Victória. Nepotismo, emendas e MPs: 6 vezes que Bolsonaro praticou a “velha política”. **UOL**. 17 ago. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/08/17/nepotismo-e-emendas-e-mp-5-vezes-em-que-bolsonaro-praticou-a-velha-politica.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁰² FERNANDES, Talita; CARVALHO, Daniel. Bolsonaro muda comissão sobre a ditadura e diz que agora governo é de direita. **Folha de S. Paulo**. 01 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/bolsonaro-muda-comissao-de-mortos-e-desaparecidos-em-meio-a-ataques-sobre-o-tema.shtml>. Acesso em: 10 nov. 2020.

¹⁰³ GRELLET, Fábio. Negros são 75% dos mortos pela polícia no Brasil, aponta relatório. **UOL**. 15 jul. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/07/15/negros-sao-75-dos-mortos-pela-policia-no-brasil-aponta-relatorio.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 12 nov. 2020.

¹⁰⁴ GIMENES, Erick. Da negação à contaminação: o trajeto de Jair Bolsonaro até o encontro com o vírus. **Brasil de Fato**. 8 jul. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/07/08/da-negacao-a-contaminacao-o-trajeto-de-jair-bolsonaro-ate-o-encontro-com-o-virus>. Acesso em: 12 nov. 2020.

¹⁰⁵ VALIM, Rafael. O discurso jurídico brasileiro: da farsa ao cinismo. In: SOUZA J, Valim, R. (Coords.). **Resgatar o Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

¹⁰⁶ SAJÓ, András. The Rule of Law as Legal Despotism: Concerned Remarks on the Use of “Rule of Law” in Illiberal Democracies. **Hague Journal on the Rule of Law**. v. 11, n. p. 371-376, 2019.

Dealing specifically with the Judicial Branch, it is essential to emphasize its decisive role as a guarantee of fundamental rights since the 1990s. In the first twenty years of the 1988 Constitution, the Judiciary advanced in realizing the traditional concept of the rule of law. However, the current trend is no longer the same. Little by little, the Judicial Branch was gaining more power, greater public visibility, and better remuneration. At the same time, they became conservative, elitist, and authoritarian – seeking for themselves the leading role in the conduct of history and interfering in politics in a way incompatible with the concept of the rule of law hitherto in force and inspired by the separation of powers, in self-restraint of power, due process, and fundamental political rights. Several judiciary decisions from the second decade of the 21st century also eloquently exemplify this historic turnaround.

The manipulation of law for political purposes distorts the meaning of the Constitution, promoting a shift in the concept of either the “rule of law” to a new model, the “rule by law”, as suggested by Tom Daly.¹⁰⁷ It would not be appropriate to consider Brazil as a kind of soft illiberal democracy. On the other hand, it is evident that the country is on a solid path contrary to the values of the rule of law and democracy. Although it is not simple to prove how far Brazil has departed from its constitutional assumptions, it is impossible to deny the departure evidence.

The struggle for revalorizing the rule of law and maintaining an external and isonomic judicial system is set. It has again become innovative to believe in positive law – and to some, this is something new. Hannah Arendt, in her visionary book entitled “The origins of totalitarianism,” already warned us that the limits of positive law are to individuals’ political existence and what memory is to his historical existence.¹⁰⁸ During an extended period, the problem was to try to escape from the state of exception and achieve the rule of law. Now, the struggle must be so that Brazil will not permanently become a state of exception due to the democratic decay and erosion of the rule of law.

5. AGAINST THE TRADITIONAL CONCEPT OF THE RULE OF LAW: A JUDICIAL NEW PERSPECTIVE

The beginning of the 20th century embraces the “new coup” phenomenon, in which anti-democratic and contrary to the rule of law practices maintain the formal institutional continuity. Instead of significant disruptions, there is a gradual erosion of the political-legal system and building new concepts and interpretations about the

¹⁰⁷ DALY, Tom. Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: *Op. cit.* p. 16.

¹⁰⁸ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

meaning of the rule of law.¹⁰⁹ A very illustrative example of this exceptional situation was the widespread support for the parliamentary *coup* of 2016.¹¹⁰ It was done through a procedural *façade*, which would be typical of a state of exception, but legitimated by the media and by a significant percentage of the Brazilian people.¹¹¹ But the most critical detail is that the Judicial Branch could have avoided this scam.

The Judiciary, nevertheless, actively participated in the legitimation of political action. They did it through validation Supreme Federal Court's decisions (acting populistically) and also through actions contrary to the traditional due process by Operation Lava Jato (working by lawfare practices). However, the more time passes, the more "constitutional chicanery" becomes evident for the different sectors of Brazilian society.¹¹² Even so, the process of erosion of the traditional concept of the rule of law caused by this phenomenon of changing the orientation of the Judiciary remains permanent.

In the 21st century, the Judicial branch has become an essential body of implementing mechanisms of exception. One of the main characteristics of an important contemporary power strategy is lawfare, when the law is used as a war weapon against political enemies.¹¹³ The current crisis of democracy fuels this mechanism as an institution. It is not without reason that many contemporary authors have approached the subject from a skeptical perspective, as is the case of David Runciman.¹¹⁴ Decisive rules for the perfect functioning of democracy, such as "mutual tolerance" and the need for an "institutional reserve", are worn out. Without leaders and instituted powers that truly abide by rules and without a society that, in fact, values these rules, the inevitable decline of democracy becomes a sad foreboding,¹¹⁵ foreshadowed by the corrosion of the rule of law.

¹⁰⁹ TEIXEIRA, João Paulo Allain; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. Desafios ao constitucionalismo na América Latina: uma visão geral sobre o "novo golpismo". **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 303-323, 2018.

¹¹⁰ For impeachment to take place in Brazil, the President must have committed a crime in the exercise of his function. Therefore, impeachment in Brazil is not just a political process – it is a legal process. This refers to the Dilma Rousseff's impeachment which happened due to a fake crime, a new administrative orientation which was retroactively (and therefore illegally) applied by the Brazilian court of audits, and finally, the formal proceedings were carried out in a crude manner. Regarding the subject, see also the impeccable work of Glicia Reis. REIS, Glicia T. Teles. **Um olhar sobre o impeachment e o caso Dilma Rousseff**. Niterói, 82f. Monografia. Universidade Federal Fluminense, 2016.

¹¹¹ Abundant historical material will be produced in the future regarding this subject from a more precise point of view. Nonetheless, the resistance to the *coup* is already producing its counter-narrative. PRONER, Carol et al (Coords.). **A resistência internacional ao golpe de 2016**. Bauru: Canal 6, 2016.

¹¹² According to Sajó "constitutional chicanery" is an expression that portrays the evidence of a gross manipulation of the laws, the constitutional system, and, consequently, the rule of law. SAJÓ, András. The Rule of Law as Legal Despotism: Concerned Remarks on the Use of "Rule of Law" in Illiberal Democracies. **Hague Journal on the Rule of Law**. v. 11, n. p. 371-376, 2019.

¹¹³ KITTRIE, Orde F. **Lawfare: Law as a Weapon of War**. New York: Oxford University Press, 2016.

¹¹⁴ The author states that democracy, when its zenith had been reached, initiated a process of decline that can ultimately lead to its end. RUNCIMAN, Daniel. **How democracy ends**. New York: Basic Books, 2918.

¹¹⁵ LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. **How democracies die**. New York: Broadway Books, 2018.

It is not only a Brazilian phenomenon, but it finds in Brazil one of its most peculiar manifestations – well represented by Operation Car Wash, a system characterized by the idea that the ends justify the means.¹¹⁶ This is an idea contrary to the traditional concept of the rule of law, which requires stability and predictability – but it has been gaining strength as something compatible with a new perspective of the Judiciary. The lawfare tactics perfectly match with interests in predicting, delegitimizing, and destroying the “enemy”. Leonardo Avritzer reminds us that Brazil lives under the famous adage for friends everything, “for enemies, the law”.¹¹⁷ There are several examples of these practices: manipulation of the rules of judicial jurisdiction,¹¹⁸ frivolous charges, overcharging, creation of *ad hoc* rules, law retroactivity, the imposition of illicit obstacles to defense, manipulation of guidelines in the media, among others.¹¹⁹ Instead of the punitive power of the State being used for the structural correction of the system, the real reason for fighting corruption is the production of a false sense of social and moral pacification, through the public exposure of a “degradation ceremonial” of the chosen enemy – a choice that is, of course, selective and ideological.¹²⁰

What in other countries was limited to judicial activism inherent to the context of the confrontation between proceduralism and substantialism,¹²¹ in Brazil became the authentic judicial populism.¹²² In other words, the Brazilian Judiciary started to act seeking popularity. Some of its members have become true “stars” in the media (its deliberation sessions are broadcasted live to the entire population). The judicial decisions

¹¹⁶ “In other words, Operation Car Wash needed to generate political instability (one of the main elements of its strategy), by means of illegal leaks to the press, to impress public agents and superior instances of the judiciary to continue its fight against corruption. For this strategy to be successful, it became necessary to create an informal agreement between Operation Car Wash in Curitiba and the major means of communication (Globo, Bandeirantes, Folha, Estadão). With this agreement, it became possible to legitimize the mechanism, alongside the public opinion, without being investigated for their abuse of authority crimes. The ends (fighting against corruption and refounding Brazil) justify the means.” PINTO, Eduardo Costa et al. **A guerra de todos contra todos e a Lava Jato: a Crise Brasileira e a vitória do Capitão Jair Bolsonaro**. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da UFRJ. Texto para discussão 13. 2019. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/discussao/2017/tdie0132019pintoet-al.pdf> Acesso em: 20 mar. 2020. p. 15.

¹¹⁷ AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia no Brasil. **Novos Estudos – CEBRAP**. São Paulo, v. 37, n. 2, p. 273-289, mai./ago. 2018. p. 279.

¹¹⁸ GABARDO, Emerson; LAZZAROTTO, Gabriel Strapasson; WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro. Ética pública e parcialidade no combate à corrupção: o caso The Intercept Brasil vs. Operação Lava Jato. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 151-198, jan./abr. 2021.

¹¹⁹ ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 73.

¹²⁰ PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 25, n. 134, p. 87-107, 2017.

¹²¹ COURA, Alexandre Castro; PAULA, Quenya Corrêa. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 116, p. 63-112, 2018.

¹²² SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 117, n. p. 193-217, 2018.

began to seek legitimacy based on the pressures coming directly from civil society, mediated by the mainstream media and social networks. In addition, judges are increasingly speaking out of Court. Thomas Bustamante calls these illegitimate pronouncements “abusive *obter dita*” – a covert way for the Judiciary to act politically without the need to base its manifestations rationally.¹²³ This situation facilitated abuses and the development of self-empowerment theories, mainly in the Supreme Federal Court.

As a consequence of expanding powers, there is a lack of prestige of laws produced by the Legislative branch.¹²⁴ Besides, there is a change in the political and legal situation that is opposed not only to the traditional postulates of the rule of law, but also to democracy itself. As Mads Damgaard affirms, “The Lava-Jato scandal not only made this sea change possible, but also precipitated the fall of a whole generation of politicians, and obliterated the citizens’ already negligible trust in political authorities.”¹²⁵ The principle of legality becomes malleable according to the judge’s consciousness or subjective sense of justice – who assumes a position as a “corrector of the system”, even if they decide in a different or even opposite mind to the laws produced by the representative democratic process. In this endeavor, it has become necessary to transform the social imaginary, which traditionally values the rule of law’s principles in a robust format (that is, in terms of positivist legal philosophy).

A significant part of the Brazilian Judicial Branch has engaged in a utopia that let themselves be seduced by pragmatism, relativism, and the incorporation of actual “enlightened despots” – it would not be a mistake to call them “judicial epistocrats.”¹²⁶ There are several examples of public statements by the Brazilian Supreme Court ministers that can illustrate this self-view. It is not a negative thing to adopt a neoconstitutional perspective based on principles and less positivist. It turns out that in recent years, this approach has exceeded all reasonable limits, falling into a real “judicial subjectivism”. The objectivity of the legal system then becomes subject to the judge’s feeling of justice (or consciousness), as Lênio Streck stated.¹²⁷

This kind of flexibilization of positive laws is one of the typical characteristics of an autocratic ideology. In practice, its justice is partial, because it cannot detach from the oligarchic selectiveness deeply rooted in any non-democratic regime. That is not a

¹²³ BUSTAMANTE, Thomas R. *Obter dita abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos*. *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 707-745, 2018.

¹²⁴ KATZ, Andrea Scoseria. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 5, n. 3, p. 77-102, 2018.

¹²⁵ DAMGAARD, Mads Bjelke. *Media Leaks and Corruption in Brazil: The Infostorm of Impeachment and the Lava-Jato Scandal*. New York: Routledge, 2019. p. 1.

¹²⁶ Using the term “epistocrats” as David Eastlund does, but applying it to judges. EASTLUND, David. *Democratic Authority: a philosophical framework*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

¹²⁷ STRECK, Lênio. *O Que é Isto - Decido Conforme Minha Consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

historical innovation. In the pre-nazi period, the famous “interest jurisprudence”, full of good intentions, showed itself more repressive than the imperial justice, which preceded it. As Lionel Richard explains, it was a Judiciary of “double standards”.¹²⁸ In Brazil’s case, the process of social modernization changed the law, but it did not reach the structures of the Judiciary, which continues to organize itself intra-oligarchically.¹²⁹ Initially, in Brazil, the process of re-democratization in the early 1980s and the advent of the new Constitution promoted a break in the Judiciary’s traditional behavior – which became intensely focused on the defense of fundamental rights. However, the change in the historical situation and the institutional setbacks experienced promoted a favorable environment for a reversal in the judges’ position.

Furthermore, we can observe a paradox: the expansion of judicial activism in promoting fundamental rights soon changed to activism based on public policy reasons contrary to fundamental rights. The primary justification, without a doubt, is the fight against crime and, particularly, corruption (and so that became a *carte blanche* for all kinds of arbitrariness contrary to the traditional rule of law model). Some good and innovative laws, such as the new corporate anti-corruption law,¹³⁰ are misused to address punitive interests that do not match the legal system as a whole; an authentic “criminal prosecution of the enemy”.¹³¹

It is important to emphasize that the “judicial populism” present in the contemporary Brazilian reality has no relation to the so-called “populist constitutional interpretation”, which promotes precisely a critique of judicial supremacy, defending the supremacy of the people’s will.¹³² Judicial populism is an attempt to carry out the will of the people by expanding the judicial function. On the other hand, popular constitutionalism aims to carry out the people’s will by restricting judicial function.

Both perspectives are wrong. It is not the case that the judicial function shall be restricted, nor is it the case that the judicial function shall directly implement the will of the people. Both are pragmatic tendencies based on a distorted conception of democracy and justice that destroy constitutionalist rationalism. In both conceptions, personal conscience replaces objective morality, which fosters moral relativism. As a

¹²⁸ RICHARD, Lionel. **A república de Weimar**. Tradução de Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 269.

¹²⁹ REZENDE, Maurício Corrêa. **Democratização do Poder Judiciário no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

¹³⁰ GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree; VIANA, Ana Cristina Aguillar. The Brazilian Anti-corruption Law: a new way to control the relationship between public administration and the private sector. **The Indonesian Journal of International & Comparative Law**, n. VI, p. 397-421, 2019.

¹³¹ PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 25, n. 134, p. 87-107, 2017.

¹³² SEGOVIA, Juan Fernando. La interpretación constitucional populista. **Prudentia Iuris**. v. 76, p. 135-164, 2013.

general result of this process, there is a jurisprudence (and also a consequent doctrine) that deviates a lot from the traditional rule of law doctrine inspired by the European model and enshrined in the 1988 Constitution.

6. CONCLUSION

Other relevant factors perhaps would be important to understand the crisis of democracy and the rule of law in contemporary Brazil. Among the structural factors, an approach to the subject could be made from the Brazilians' authoritarian identity or the cleavage between right and left, as well as the role of elites and their impact on Brazilian cultural politics. Among the conjunctural factors, one could address the media's essential role in creating the "spectacle of corruption" in alliance with the Judiciary and the right-wing elites. This phenomenon led to the rise to power of President Jair Bolsonaro. However, we choose to left aside these elements for the clipping and specification of this article's object. In essence, such complementary factors require further study, which will be left for the other moment of the investigation.

Within this general context, the article has a methodological approach to demonstrate that although democracy and the rule of law are permanently in crisis in Brazil, there are particular elements in the situation experienced in the second decade of the 20th century. One of these elements is the role of the Judiciary in implementing exception mechanisms. In Latin America, it is usually the Executive branch that disrespects the assumptions of democracy and the rule of law. However, in contemporary Brazil, the Judicial Branch has a central role, adopting populist positions and typical lawfare strategies (a war through the law). This new judicial action causes an imbalance between the powers and the absence of an institution that moderates social conflicts. The members of the Judiciary make up a very well-paid and strongly corporate elite. Their performance reflects their profile.

The rule of law is one of the most significant achievements of modernity. However, its concept varies in time and space. There are at least three great traditions that gave rise to the understanding of the expression. Brazil received different influences on the construction of the rule of law as an idea. However, despite the advancement of the theme in the sphere of ideas, Brazilian history shows a strong dissonance between theory and social practices on the subject. The Brazilian social imaginary is, in reality, founded on authoritarian bases. Nowadays, this problem is even more severe, considering the flexibility of ideas and concepts in the postmodern environment.

Brazilians are used to institutional instability and the absence of democracy. Although there was a robust social modernization process in the transition from the 20th to the 21st century, realizing a genuine rule of law is still far from a predominant reality. On the one hand, there was a substantial consolidation of the ideal of the Brazilian rule

of law with the promulgation of the 1988 Constitution and, also, during its first twenty or twenty-five years of effectiveness. On the other hand, the consolidation of this traditional rule of law was not enough to give the political system the necessary institutional stability. On the contrary, the traditional idea of the rule of law came to be considered anachronistic. The Judicial Branch began to abandon the traditional sense of the rule of law in order to build a postmodern, flexible, subjectivist, and unstable interpretation. Assuming a populist profile and adopting lawfare practices, the Brazilian Judiciary is increasingly moving away from the foundations of democracy established in 1988.

Judicial populism removed from the traditional rule of law feeds, in turn, the traditional authoritarian mentality of Brazilian society. In 2018, the election of a President whose ideas are close to neo-fascism was an example of the lack of appreciation of Brazilian society for the postulates of democracy and the traditional rule of law. This situation directly impacts vulnerable people who are already victims of prejudice and discrimination, even in a position of democratic normality.

Several decisions of the Supreme Federal Court and the Superior Electoral Court have crossed the barrier of separation of powers, as well as not being concerned with respecting the principle of legality. This behavior of the upper courts ends up influencing the Judiciary's entire structure, towards the affirmation of a system that is materially different from the system formally established by the Constitution (and which has a strong backing in the history of the rule of law). Anti-corruption operations, such as Operation Car Wash (Lava Jato), are examples of pragmatic institutional action that disregards the due legal process's postulates. Also, judges and prosecutors begin to behave like enlightened despots, causing an erosion of the rule of law – the legal system, in this context, loses credibility and utility, becoming a weapon in the hands of those who have the power to decide. Abandoning an objective and rational hermeneutics, “justice” starts to be understood with subjectivity and in disagreement with the legislated law. With this populist behavior, instead of the Judiciary contributing to the normality of the rule of law and institutional balance, the Judicial Branch ends up fostering democratic decay and the consequent proliferation of ideological polarization with increasing far-right groups.

It is not surprising that, more recently, the judges “got a dose of their own medicine”. In other words, more and more the Judiciary and, particularly, the Supreme Federal Court, has lost popularity. Moreover, the Court has been constantly attacked exactly by the political agents for whose election the judicial decisions had a decisive role. The paradox of the situation is evident but understandable. When the Judicial Branch becomes a political actor, it loses the position of objective institutional stability and becomes an institution whose legitimacy depends on variations in society's mood. In a moment of democratic decay, the authoritarian profile rising of the people is a

complicating element for a branch of the State that can only justify its existence based on the rule of law. In essence, the new profile of the Brazilian Judiciary ends up being a self-destructive factor.

7. REFERENCES

ACUNHA, Fernando José Gonçalves; ARAFA, Mohamed A; BENVINDO, Juliano Zaiden. The Brazilian Constitution of 1988 and its ancient ghosts: comparison, history and the ever-present need to fight authoritarianism. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 3, p. 17-41, set./dez. 2018. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i3.60962>

ANSART, Pierre. História e memória dos ressentimentos. In: BRESCIANI, Stella; NAXARA, Márcia (Org.). **Memória e (re)sentimento: indagações sobre uma questão sensível**. Campinas: Unicamp, 2004.

AOS FATOS. **Bolsonaro nega orientações da ciência e distorce informações para minimizar pandemia**. 24 de Mar. 2020. Disponível em: <https://www.aosfatos.org/noticias/bolsonaro-nega-orientacoes-da-ciencia-e-distorce-informacoes-para-minimizar-pandemia/> Acesso em: 18 ago. 2020.

ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. Lula e lawfare política: o caso do processo penal com dupla velocidade. In: ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de; ARAÚJO, Gabriela S. Soares de; SIQUEIRA NETO, José Francisco; RAMOS FILHO, Wilson (Coords.). **Vontade popular e democracia: candidatura Lula?** Bauru: Canal 6 Editora, p. 206-213, 2018.

AREND, Kathiana Pfluck. **Violência, punitivismo e criminalização da pobreza: as raízes do Estado penal à brasileira**. Dissertação. Mestrado em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia no Brasil. **Novos Estudos – CEBRAP**. São Paulo, v. 37, n. 2, p. 273-289, mai./ago. 2018.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, v. 9, n. 37, p. 11-55. 2009. <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v9i37.297>

BARBER, Nicolas. W. Review: The Rechtsstaat and the rule of law. **The University of Toronto Law Journal**, v. 53, n. 4, p. 443-454, out. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies. **The American Journal of Comparative Law**. v. 67, n. 1, p. 109-143, 2019.

BARROSO, Luís Roberto; BENVINDO, Juliano Zaiden; OSÓRIO, Aline. Developments in Brazilian constitutional law: The year 2016 in review. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, 495-505, 2017.

BENVINDO, Juliano Zaiden. Abusive Impeachment? Brazilian Political Turmoil and the Judicialization of Mega-Politics. **International Journal of Constitutional Law Blog**. 23 abr. 2016. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2016/04/abusive-impeachment-brazilian-political-turmoil-and-the-judicialization-of-mega-politics/> Acesso em: 12 out. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BERLATTO, Fabia; CODATO, Adriano; BOLOGNESI, Bruno. Da Polícia à Política: Explicando o Perfil Dos Candidatos Das Forças Repressivas De Estado à Câmara Dos Deputados. **Revista Brasileira De Ciência Política**, 21, pp. 79-122, 2016.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics**. New York: The Bobbs-Merrill Company, 1962.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 1996.

BOITO JÚNIOR, Armando. Lava jato, classe media e burocracia de Estado. **Revista Lumen**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 1-9, 2017.

BOTELHO, André. Público e privado no pensamento social brasileiro. In: BOTELHO, André, SCHWARCZ, Lilia Moritz (Coords.). **Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direitos**. São Paulo, Claro Enigma, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas R. Obter dita abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 2, p. 707-745, 2018. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201827>

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007.

CARDOSO, José Eduardo; PEIXOTO, Gabriela G.; RUTIS, Luiz A.; CARDOSO, Mayra M. O uso abusivo das prisões preventivas e o trabalho de Sísifo. **Conjur**. 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-03/opinio-uso-abusivo-priso-es-preventivas-trabalho-sisifo> Acesso em: 20 nov. 2020.

CARVALHO, Ângelo Gamba Prata; BENVINDO, Juliano Zaiden. Os “imperativos da revolução de março” e a fundamentação da ditadura. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 113-145, 2018.

CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a “Operação Lava Jato” e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 136, p. 293-319, 2017.

CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 5, n. 1, p. 15-40, 2018. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55929>

CIOCCARI, Deysi; PERSICHETTI, Simonetta. Armas, ódio, medo e espetáculo em Jair Bolsonaro. **Revista Alterjor**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 201-214.

CONJUR. **Sergio Moro defende uso de provas ilícitas e teste de integridade de servidores**. 5 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-05/moro-defende-uso-prova-ilicita-teste-integridade-servidor> Acesso em: 23 nov. 2020.

CONJUR. **“Lava jato” não precisa seguir regras de casos comuns, decide TRF-4**. 23 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf> Acesso em: 23 nov. 2020.

COSTA, Pietro. The Rule of Law: a historical introduction. In: COSTA, Pietro, ZOLO Danilo (Coords.). **The Rule of Law: history, theory and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007.

COURA, Alexandre Castro; PAULA, Quenya Corrêa. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 116, p. 63-112, 2018.

CUNHA, Pedro Octávio Carneiro da. A fundação de um império liberal: discussão de princípios. In: HOLANDA Sérgio Buarque de (Coord.). **História Geral da Civilização Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, v. 1, t. 1, 1993.

DALY, Tom. Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro. 11 mar. 2019. **14th International Human Rights Researchers’ Workshop: ‘Democratic Backsliding and Human Rights’**, organised by the Law and Ethics of Human Rights (LEHR) journal, 2-3 Jan. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3350098> Acesso em: 20 mai. 2020.

DALY, Tom. Understanding Multi-Directional Democratic Decay: Lessons from the Rise of Bolsonaro in Brazil. **Law and Ethics on Human Rights**, v. 14, n. 2, p. 199-226, 2020.

DAMASCENO, Victória. Nepotismo, emendas e MPs: 6 vezes que Bolsonaro praticou a “velha política”. **UOL**. 17 ago. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/08/17/nepotismo-emendas-e-mp-5-vezes-em-que-bolsonaro-praticou-a-velha-politica.htm> Acesso em: 10 nov. 2020.

DAMGAARD, Mads Bjelke. **Media Leaks and Corruption in Brazil: The Infostorm of Impeachment and the Lava-Jato Scandal**. New York: Routledge, 2019.

EASTLUND, David. **Democratic Authority: a philosophical framework**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

FERNANDES, Talita; CARVALHO, Daniel. Bolsonaro muda comissão sobre a ditadura e diz que agora governo é de direita. **Folha de S.Paulo**. 01 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/bolsonaro-muda-comissao-de-mortos-e-desaparecidos-em-meio-a-ataques-sobre-o-tema.shtml> Acesso em: 10 nov. 2020.

FORUM. **Mesmo com aumento de 16,38% do salário, juízes pedem para Luiz Fux, do STF, manter auxílio-moradia**. 24 nov. 2018. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/mesmo-com-aumento-de-1638-do-salario-juizes-pedem-para-luiz-fux-do-stf-manter-auxilio-moradia/> Acesso em: 17 mar. 2020.

FUP. **Polícia invade Sindicato no AM para interromper reunião contra Bolsonaro**. 25 jul. 2019. Disponível em: <https://www.fup.org.br/ultimas-noticias/item/24235-pm-invade-sindicato-no-am-para-interromper-reuniao-contra-bolsonaro> Acesso em: 10 ago. 2020.

FURTADO, Marcella Brasil; PEDROZA, Regina Lúcia Sucupira; ALVES, Cândida Beatriz. Cultura, identidade e subjetividade quilombola: uma leitura a partir da psicologia cultural. **Psicologia & Sociedade**. v. 26, n. 1, p. 106-115, 2014.

G1. **Bolsonaro diz no Conselho de Ética que coronel Ustra é 'herói brasileiro'**. 08 nov. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/bolsonaro-diz-no-conselho-de-etica-que-coronel-ustra-e-heroi-brasileiro.html> Acesso em: 12 out. 2020.

GABARDO, Emerson. Estado Social e Estado Subsidiário: dois modelos distintos de desenvolvimento. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. Belo Horizonte, v. 11, n. 3, p. 283-299, 2019.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 17, n. 70, p. 65-91, 2017. <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v17i70.847>

GABARDO, Emerson; LAZZAROTTO, Gabriel Strapasson; WATZKO, Nicholas Andrey Monteiro. Ética pública e parcialidade no combate à corrupção: o caso The Intercept Brasil vs. Operação Lava Jato. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 151-198, jan./abr. 2021.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree; VIANA, Ana Cristina Aguillar. The Brazilian Anti-corruption Law: a new way to control the relationship between public administration and the private sector. **The Indonesian Journal of International & Comparative Law**, n. VI, p. 397-421, 2019.

GENTILI, Giovanni. **Los fundamentos de la filosofía del derecho**. Tradução de Ernesto Campo-longo. Buenos Aires: Losada, 1944.

GIMENES, Erick. Da negação à contaminação: o trajeto de Jair Bolsonaro até o encontro com o vírus. **Brasil de Fato**. 8 jul. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/07/08/danegacao-a-contaminacao-o-trajeto-de-jair-bolsonaro-ate-o-encontro-com-o-virus> Acesso em: 12 nov. 2020.

GOMES, Magno Federeci; FREITAS, Frederico Oliveira. Conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 10, n. 41, p. 181-207, jul.-set. 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRELLET, Fábio. Negros são 75% dos mortos pela polícia no Brasil, aponta relatório. **UOL**. 15 jul. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/07/15/negros-sao-75-dos-mortos-pela-policia-no-brasil-aponta-relatorio.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 12 nov. 2020.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **Direito do Estado**, n. 86. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> Acesso em: 20 mar. 2020.

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Cuestiones Constitucionales*. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. v. 39, p. 131-167, 2018. <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484881e.2018.39.12652>

HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, n. 46, p. 199-219, 2011. <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v11i46.206>

HALPERN, Philip. The Rule of Law. **New York State Bar Journal**. V. 33, n. 4, p. 256-260, 1961.

KATZ, Andrea Scoseria. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. **Revista de Investigações Constitucionais**. v. 5, n. 3, p. 77-102, 2018. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i3.60965>

KITCHELT, Herbert; ALTAMIRANO, Melina. Clientelism in Latin America: Effort and Effectiveness Herbert Kitschelt and Melina Altamirano. In: CARLIN, Ryan E.; SINGER, Matthem M.; ZECHMEISTER, Elizabeth J. (Eds.). **The latin american voter. Pursuing representation and accountability in challenging contexts**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2015.

KITTRIE, Orde F. **Lawfare: Law as a Weapon of War**. New York: Oxford University Press, 2016.

KREUZ, Leticia Regina Camargo. **Constitucionalismo nos tempos do cólera: neoconservadorismo e desnaturação constitucional**. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2020.

KRYGIER, Martin. False Dichotomies, True Perplexities, and the Rule of Law. In: SAJO A. (Ed.). **Universalism and Local Knowledge in Human Rights**, Kluwer, 2003.

KRYGIER, Martin. The Rule of Law: Pasts, Presents, and Two Possible Futures. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 12, n. p. 199-229, 2016.

LANDAU, David. Populist Constitutions. FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 861, **University of Chicago Law Review**. n. 521, 2018. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3053513> Acesso em: 12 out. 2020.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LEVITSKY, Steven; ZIBLAT, Daniel. **How democracies die**. New York: Broadway Books, 2018.

LIXINSKI, Lucas; MOROSINI, Fabio. Populism and International Law: Global South Perspectives. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 17, n. 2, p. 55-65, 2020.

MADEIRO, Carlos. UOL Educação. 26 abr. 2016. **Deputados de AL aprovam lei que pune professor que opinar em sala de aula**. <https://educacao.uol.com.br/noticias/2016/04/26/deputados-de-al-aprovam-lei-que-pune-professor-que-opinar-em-sala-de-aula.htm> Acesso em: 31 out. 2020.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **O imaginário protestante e o Estado de Direito**. Fortaleza, 246f. Thesis (Phd in Sociology). Universidade Federal do Ceará, 2010.

MÜLLER, Jean-Werner. **What is populism?** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEWTON, Mike A. Illustrating Illegitimate Lawfare, Case Western. **Reserve Journal of International Law**. v. 43, n. 1 e 2, p. 255-278, 2010.

NORRIS, Pippa. Is Western democracy backsliding? Diagnosing the risks. **Journal of Democracy**. v. 28, n. 2, 2017.

NYENHUIS, Robert. Populism in South America: Democratic Panacea or Pitfall? **American Journal of Economics and Sociology**. v. 78 n. 3, Mai. 2019.

OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles. Repercussões da revolução: delineamento do império no Brasil. 1808/1831. In: GRINBERG, Keila; SALLES, Ricardo (Coords.). **O Brasil imperial**. 1. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, p. 15-54, 2009.

PINTO, Eduardo Costa et al. **A guerra de todos contra todos e a Lava Jato: a Crise Brasileira e a vitória do Capitão Jair Bolsonaro**. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da UFRJ. Texto para discussão 13. 2019. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/discussao/2017/tdie0132019pintoet-al.pdf> Acesso em: 20 mar. 2020.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. Razões (e práticas) de Estado: os mal-estares entre a liberdade e a segurança jurídica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 167-189, 2016.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Legisladores juízes: Impeachment na Constituição de 1988**. Tese. Doutorado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

POWER, Timothy J; HUNTER, Wendy. Bolsonaro and Brazil's illiberal backlash. **Journal of Democracy**. v. 30, n. 1, p. 68-82, 2019.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 25, n. 134, p. 87-107, 2017.

PRONER, Carol et al (Coords.). **A resistência internacional ao golpe de 2016**. Bauru: Canal 6, 2016.

REIS, Glicia T. Teles. **Um olhar sobre o impeachment e o caso Dilma Rousseff**. Niterói, 82f. Monografia. Universidade Federal Fluminense, 2016.

REZENDE, Maurício Corrêa. **Democratização do Poder Judiciário no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

RICHARD, Lionel. **A república de Weimar**. Tradução de Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2015. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>

RUFFATO, Luiz. De volta para o passado: Político, Bolsonaro demonstra profundo desprezo pelas agremiações. "Católico fervoroso", Bolsonaro tem profundo desprezo pelo ser humano. 2016. **El País**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/27/opinion/1461763857_559135.html Acesso em: 20 mar. 2020.

RUNCIMAN, Daniel. **How democracy ends**. New York: Basic Books, 2018.

SAJÓ, András. The Rule of Law as Legal Despotism: Concerned Remarks on the Use of "Rule of Law" in Illiberal Democracies. **Hague Journal on the Rule of Law**. v. 11, n. p. 371-376, 2019. <https://doi.org/10.1007/s40803-019-00097-z>

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 117, n. p. 193-217, 2018.

SALGADO, Eneida Desiree; SOBREIRA, Renan Guedes. A democracia no tapetão: a Justiça Eleitoral contra a soberania popular. In: MORAES, F, Salgado, Eneida Desiree; AIETA, Vânia S. (Org.). **Justiça Eleitoral, controle das eleições e soberania popular**. Curitiba, Ithala, p. 115-153, 2016.

SANTOS, Rafa. Villas Bôas volta a intimidar STF antes de sessão sobre 2ª instância. **Conjur**. 16 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-16/general-escreve-mensagem-intimidatoria-antes-julgamento> Acesso em: 15 nov. 2020.

SEGOVIA, Juan Fernando. La interpretación constitucional populista. **Prudentia Iuris**. v. 76, p. 135-164, 2013.

SILVA, Josué da Costa; SILVA, Adnilson de Almeida; CASTRO, Sheila. Novas Espacialidades e organizações na vivência do ribeirão na Amazônia. **Mercator**, Fortaleza, v. 11, n. 26, p. 121-130, oct. 2012.

SOUZA, Mariana Barbosa de, HOFF, Tuíze Silva Rovere. Governo Temer e a volta do neoliberalismo no Brasil: possíveis consequências para a habitação popular. **Urbe – Revista Brasileira de Gestão Urbana**, n. 11, 2019.

STF. Notícias STF. **Plenário anula decisões que proibiram atos com temática eleitoral nas universidades em 2018**. 15 mai. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443456> Acesso em: 10 out. 2020.

STF. Notícias STF. **STF julga nesta quarta-feira (19) ação sobre investigação sigilosa do MJ contra servidores antifascistas**. 18 Aug. 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449807> Acesso em: 10 out. 2020.

STRECK, Lênio. **O Que é Isto - Decido Conforme Minha Consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUDRÉ, Lu. Primeiros dias de 2020 já registram ataques contra indígenas e quilombolas. **Brasil de Fato**. 14 Jan. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/01/14/primeiros-dias-de-2020-ja-registram-ataques-contra-indigenas-e-quilombolas> Acesso em: 10 mar. 2020.

TESTEMOTO, Rafael. Juristas criticam punição à desembargadora que liberou presos que já cumpriram pena. **Brasil de Fato**. 10 fev. 2017. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2017/02/11/juristas-criticam-punicao-a-desembargadora-que-liberou-presos-que-ja-cumpriram-pena> Acesso em: 20 mar. 2020.

TEIXEIRA, João Paulo Allain; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. Desafios ao constitucionalismo na América Latina: uma visão geral sobre o “novo golpismo”. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 3, p. 303-323, 2018. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v5i3.56042>

THE GUARDIAN. **Unqualified, dangerous: the oddball officials running Bolsonaro's Brazil**. 2 jan. 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2020/jan/02/bolsonaro-brazil-government-oddball-officials>. Acesso em: 17 mar. 2020.

TODOROV, Tzvetan. **The Inner Enemies of Democracy**. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. Malden: Polity Press, 2014.

VALIM, Rafael. O discurso jurídico brasileiro: da farsa ao cinismo. In: SOUZA J, Valim, R. (Coords.). **Resgatar o Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

VEJA. **Bolsonaro nomeia reitor menos votado pela terceira vez**. 10 ago. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/bolsonaro-nomeia-reitor-menos-votado-pela-terceira-vez/> Acesso em: 21 mar. 2020.

VENTURI, Francesco. **Utopia e reforma no iluminismo**. Bauru: EDUSC, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

WYRZYKOWSKI, Mirosław. Experiencing the Unimaginable: the Collapse of the Rule of Law in Poland. **Hague Journal on the Rule of Law**, v. 11, p. 417-422. 2019. <https://doi.org/10.1007/s40803-019-00124-z>

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a critical reappraisal In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Coords.). **The Rule of Law: history, theory and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007.



Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil

Meaningful Engagement: south african contributions to structural litigation in Brazil

MATHEUS CASIMIRO GOMES SERAFIM ^{I,*}

^I Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)

mcsgerafim@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0002-3963-3783>

GEORGE MARMELESTEIN LIMA ^{II,**}

^{II} Centro Universitário 7 de Setembro (Fortaleza, Ceará, Brasil)

georgemlima@yahoo.com.br

<http://orcid.org/0000-0002-1277-3217>

Recebido/Received: 26.06.2020 / June 26th, 2020

Aprovado/Approved: 19.08.2021 / August 19th, 2021

Resumo

Com a constitucionalização dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs), o Poder Judiciário passou a ser demandado a enfrentar casos envolvendo a implementação de complexas prestações materiais. Para lidar com esse tipo de demanda, foram desenvolvidos vários modelos de processos estruturais, que podem aumentar o protagonismo judicial. Por conta disso, os litígios estruturais costumam ser criticados com pelo menos três objeções: a incapacidade técnica do Judiciário, a ameaça à separação de poderes e a possibilidade de um efeito backlash, prejudicando o avanço da solução na arena

Abstract

With the constitutionalization of economic, social and cultural rights, the Judiciary Power has been demanded to face cases involving the implementation of complex material benefits. To deal with this type of demand, several models of structural litigation have been developed, which can increase the judicial role. Because of this, structural litigation are usually criticized with at least three objections: the technical incapacity of the Judiciary, the threat to the separation of powers and the possibility of a backlash effect, hampering the progress of the solution in the political arena. In this context, this article analyzes a structural remedy developed

Como citar esse artigo/How to cite this article: SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; LIMA, George Marmelestein. Compromisso Significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 771-806, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.74743.

* Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). E-mail: mcsgerafim@gmail.com.

** Professor da Graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (Fortaleza-CE, Brasil). Doutor em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Juiz federal na Justiça Federal do Ceará. E-mail: georgemlima@yahoo.com.br.

política. Nesse contexto, o presente artigo analisa um modelo de remédio estrutural desenvolvido pela Corte Constitucional da África do Sul, denominado Compromisso Significativo, que pode minimizar o impacto das referidas objeções, na medida em que amplia a participação comunitária e o diálogo interinstitucional entre os diversos atores responsáveis pela solução do problema. Para além da tradicional pesquisa bibliográfica em torno da doutrina desenvolvida sobre o tema, procedeu-se a uma análise mais aprofundada dos dois casos paradigmáticos que serviram de base para o desenvolvimento do instituto sul-africano: Olivia Road e Joe Slovo. Com base no estudo realizado, conclui-se que existem razões intrínsecas e extrínsecas para buscar inspiração no modelo do Compromisso Significativo.

Palavras-chave: compromisso significativo; processo estrutural; remédio estrutural; África do Sul; direito comparado.

by the Constitutional Court of South Africa, called Meaningful Engagement, which can minimize the impact of these objections, as it expands community participation and interinstitutional dialogue between the different actors responsible for solving the problem. In addition to the traditional bibliographic research around the doctrine developed on the subject, was carried out a more in-depth analysis of the two paradigmatic cases that served as the basis for the development of the South African institute: Olivia Road and Joe Slovo. Based on the study, it is concluded that there are intrinsic and extrinsic reasons to seek inspiration in the Meaningful Engagement model.

Keywords: meaningful engagement; structural litigation; structural remedy; south africa; comparative law.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A resposta do Judiciário às omissões políticas: as sentenças estruturais e a sua utilização no Brasil; **2.1.** Os processos estruturais como chaves de acesso para as políticas públicas; **2.2.** Os processos estruturais no Brasil; **3.** Quando o Judiciário ultrapassa os seus limites: ineficiência, separação de poderes e efeito backlash. **4.** A solução sul-africana para os processos estruturais: o Compromisso Significativo; **4.1.** O caso Olivia Road v. City of Johannesburg e a origem do Compromisso Significativo; **4.2.** O caso Joe Slovo e o aprimoramento do remédio estrutural; **4.3.** A importância da participação pública nos processos estruturais e as contribuições do Compromisso Significativo; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de haver, no Brasil, um amplo debate sobre o controle judicial de políticas públicas desde os anos 1990, o tema ganhou uma nova dimensão, tanto no campo das pesquisas teóricas, quanto das implementações práticas, a partir de 2015. A razão para isso foi o julgamento da medida cautelar da Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF, onde o debate sobre processos estruturais foi explicitamente mencionado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Naquela ocasião, o STF citou um modelo específico de sentença estrutural, desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), denominado de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Embora o Tribunal não tenha seguido a fórmula procedimental do modelo colombiano, que é marcado pela superação do problema estrutural a partir da realização de sucessivas audiências públicas e um constante monitoramento e medição dos avanços e retrocessos, foram adotadas algumas premissas básicas que

costumam marcar as demandas estruturais. Por exemplo, foi reconhecido que a solução para os problemas estruturais implica a participação de vários entes de diversas esferas e níveis de poder e que o papel do Judiciário é funcionar como uma espécie de órgão de desobstrução, articulação e coordenação dos trabalhos, a fim de que a solução estrutural seja construída gradualmente, dentro dos limites e das capacidades dos órgãos públicos responsáveis.

Ressalte-se que o problema estrutural da ADPF nº 347/DF dizia respeito à crise do sistema penitenciário, marcado pela violação massiva de diversos direitos dos presos que superlotam os presídios brasileiros. Em particular, o que estava em jogo era a privação de direitos básicos relacionados à integridade física e moral das pessoas encarceradas, inclusive os chamados direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs).

As demandas estruturais costumam estar sempre associadas à violação dos DESCs, porque tais direitos envolvem complexos mecanismos de prestações sociais que impactam no orçamento e na estrutura dos serviços públicos, gerando dificuldades de implementação. É muito frequente ocorrer problemas de efetividade desses direitos, mesmo em países que os consagram no nível constitucional, pois o mero fato de reconhecer, declarar e positivar formalmente um direito prestacional não implica a sua imediata concretização.

Quando um direito social deixa de ser implementado por inércia de algum órgão público, as pessoas ou grupos prejudicados tendem a recorrer ao Judiciário, buscando proteger seus direitos, seja de modo individual, seja de modo coletivo, ocasião em que as demandas estruturais podem surgir como estratégia para enfrentar a raiz do problema.

Através dos litígios estruturais, busca-se superar uma massiva privação de direitos, geralmente de uma significativa quantidade de pessoas, por meio de um processo que conte com a participação de vários órgãos com competência para atuar naquele setor. Por isso, os processos estruturais são complexos, possibilitando que Poder Judiciário exerça um grande protagonismo.

Justamente por colocar os juízes em uma função de destaque, os processos de natureza estrutural costumam ser alvo de várias objeções. De um modo geral, podem-se indicar três críticas mais relevantes: a incapacidade técnica do Judiciário para intervir no âmbito das políticas públicas, conduzindo à ineficiência dos processos estruturais; a ameaça ao princípio da separação de poderes; e a possibilidade de um efeito *backlash*, tendo em vista uma intervenção judicial indesejada e a reação política e social daí decorrente.

Por causa dessas críticas, o Judiciário, aparentemente, enfrenta um dilema insuperável. Por um lado, pode intervir diretamente na formulação de políticas públicas, ainda que não tenha a capacidade técnica necessária para reorganizar as prioridades do orçamento público e que contrarie a vontade política majoritária, colocando em

risco a separação de poderes. Por outro, adotando uma postura deferente, pode esvaziar todo o conteúdo normativo dos direitos socioeconômicos, deixando-os dependentes da discricionariedade do Poder Público, colocando em risco a supremacia da Constituição e a inafastabilidade da tutela jurisdicional.

No meio desses dois extremos, que vai da total intervenção à total deferência, há várias possibilidades intermediárias de atuação judicial, que é justamente o que se pretende defender no presente trabalho. O objetivo será apresentar o Compromisso Significativo, modelo de sentença estrutural desenvolvido pela Corte Constitucional da África do Sul, que pode servir de base para o aprimoramento do modelo brasileiro. Por ser um remédio estrutural mais dialogal e participativo, em que não há uma hipertrofia do Judiciário sobre os demais poderes, o Compromisso Significativo pode contribuir com o fortalecimento da democracia participativa.

Como metodologia de pesquisa, realiza-se, além da análise bibliográfica e documental, o estudo de dois casos paradigmáticos para o desenvolvimento do Compromisso Significativo na África do Sul: os casos *Olivia Road* e *Joe Slovo*. Esses dois processos foram selecionados para mostrar, com exemplos concretos, como uma Corte Constitucional conseguiu contornar as objeções usualmente apresentadas aos processos estruturais, e quais contribuições essa sentença estrutural pode ofertar para o Brasil, realizadas as devidas adaptações.

2. A RESPOSTA DO JUDICIÁRIO ÀS OMISSÕES POLÍTICAS: AS SENTENÇAS ESTRUTURAIS E A SUA UTILIZAÇÃO NO BRASIL

O surgimento dos processos estruturais está relacionado ao avanço dos direitos econômicos, sociais e culturais no constitucionalismo contemporâneo, sobretudo ao longo do século XX. De fato, após a Primeira Guerra Mundial, vários países aprovaram constituições contemplando uma ampla diversidade de direitos fundamentais, tratando, inclusive, de matérias que, até então, não eram consideradas como tipicamente constitucionais¹. Dentre as inovações apresentadas pelas declarações de direitos, é possível destacar a presença dos direitos econômicos, sociais e culturais, tendência iniciada pela Constituição mexicana, de 1917, e pela Constituição de Weimar, de 1919².

Outro fenômeno relevante no constitucionalismo contemporâneo ocorreu a partir da Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento da ideia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que realça a força irradiante dos valores relacionados à

¹ BEATTY, David M. **A essência do Estado de direito**. Tradução: Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 16.

² CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 773-794, p. 776 set./dez. 2019.

dignidade humana e à limitação do poder, exigindo uma atuação constante e proativa do estado em prol da efetivação desses direitos³.

A previsão de um extenso rol de direitos, entretanto, não foi suficiente para assegurar a sua concretização. Na verdade, essa positivação teve caráter predominantemente simbólico, e não instrumental, para usar um conceito desenvolvido por Marcelo Neves. O autor explica que toda Constituição possui uma dimensão simbólica, destinada a influenciar o imaginário social, consagrando valores relevantes para a sociedade, e também uma dimensão instrumental, a qual intenta conformar, efetivamente, a realidade política e social subjacente⁴. Quando o caráter simbólico predomina sobre o caráter instrumental, a força normativa da constituição é enfraquecida, gerando um déficit de efetividade, sobretudo em relação aos direitos fundamentais.

Uma das causas da inefetividade dos direitos fundamentais está relacionada às chamadas omissões políticas inconstitucionais, que estão no centro dos processos estruturais⁵. Nesse caso, o termo omissão não se refere a um simples vácuo normativo, até porque é possível que exista ampla diversidade normativa tratando sobre determinado tema e, ainda assim, existir uma grave omissão política. A omissão inconstitucional, nesse contexto, pode ser compreendida como a falta de políticas públicas necessárias à proteção de direitos constitucionalmente assegurados, ocasionando-lhes profundas e reiteradas violações por parte do Poder Público⁶.

Há várias formas de enfrentar, juridicamente, as omissões inconstitucionais, dentre elas os chamados processos ou demandas estruturais. Os litígios estruturais surgem quando grupos sociais afetados pela inércia estatal buscam a intervenção judicial para alcançar políticas públicas necessárias à proteção dos seus direitos, visando a solução do problema de fundo e não apenas a correção individual da situação.

No próximo tópico, será aprofundado o conceito de processo estrutural, além de serem apresentados alguns modelos mais conhecidos de demandas estruturais.

³ MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Controle judicial de políticas públicas: “controle judicial forte ou fraco?”. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 1, p. 191-215, p. 201-202, 2019.

⁴ NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, p. 325, 1996.

⁵ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Between activism and deference: social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 121-137, p. 121.

⁶ MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. **Revista Jurídica da Fa7**, Fortaleza, v. 12, n. 1, p. 10-28, p. 25, 2015a

2.1. Os processos estruturais como chaves de acesso para as políticas públicas

Como se viu, uma omissão inconstitucional acarreta a não-prestação de serviços públicos necessários à concretização de determinados direitos fundamentais. Pelo princípio do acesso à Justiça ou da inafastabilidade da jurisdição, as pessoas prejudicadas, seja de forma direta, seja por meio de órgãos com representatividade adequada, podem buscar uma resposta jurídica capaz de solucionar o problema. Uma vez demandado, o Judiciário terá a prerrogativa de impor o respeito à Constituição, exigindo dos órgãos públicos responsáveis que saiam da inércia, a fim de implementar a prestação do serviço ou do bem em favor daquelas pessoas que tiveram seus direitos violados.

Quando a atuação judicial vai além da correção individual do problema para buscar uma solução massificada, que procure superar de vez a omissão, tem-se o que os processualistas denominam de demanda estrutural, um processo complexo que envolve múltiplos órgãos, interesses e instituições, geralmente públicas.

Os processos estruturais têm, como ponto de partida, a sistemática violação aos direitos fundamentais, mas o objetivo não é apenas reparar os danos já ocasionados, e sim promover uma readequação das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos violados ou reorganizar, estruturalmente, as instituições responsáveis por realizá-las⁷.

Sintetizando o conceito de litígios estruturais, Vitorelli⁸ explica:

Em resumo, litígios estruturais, para os efeitos do presente estudo, são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.

Em vários lugares do mundo, o Judiciário tem desenvolvido modelos de processos estruturais que viabilizem a intervenção judicial no âmbito de atuação dos poderes políticos, no intuito de sanar, ainda que parcialmente, as omissões políticas do Estado. Esses modelos não intentam apenas apontar quem detém a razão no caso concreto,

⁷ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 719 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 564.

⁸ VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 369-422, p. 372.

afirmando os direitos que devem ser protegidos⁹. Quando o Judiciário os utiliza, pretender ir além: objetiva intervir no funcionamento das instituições envolvidas nos litígios, para que novas políticas públicas sejam desenvolvidas ou que essas instituições sejam reorganizadas internamente, para sanar as omissões existentes.

Assim, quando a instância judicial recorre ao processo estrutural, o comum é que o próprio arranjo burocrático, responsável por formular e executar políticas públicas, encontre-se com graves problemas, razão pela qual o Judiciário intervém para promover uma reorganização que leve essa estrutura fragilizada para dentro dos limites constitucionais¹⁰.

As decisões proferidas no âmbito de processos estruturais se orientam para uma perspectiva futura, e não apenas em curto prazo, a fim de evitar que o provimento jurisdicional se converta em um problema maior do que o original¹¹. Como explicam Fachin e Bueno¹², “provimentos desta complexidade tem, por consequência, efeitos também complexos e que assim devem ser apreendidos”.

Uma demanda estrutural costuma se alicerçar em um desses três paradigmas principais: o *strong-form review*, o *weak-form review* e o *democratic experimentalism*.

No *strong-form review*, a chance de uma intervenção jurisdicional ineficiente e violadora da separação de poderes é consideravelmente maior. Isso porque, nesse modelo, o Judiciário dá a última palavra sobre a solução das omissões estatais¹³, influenciando diretamente na formulação de políticas públicas. O órgão judicial responsável pela questão atua de forma solipsista, determinando, em grande parte, como o Poder Público deve agir. Exemplo desse modelo são as *structural injunctions*, utilizadas pelo Poder Judiciário norte-americano para determinar profundas mudanças em instituições públicas e privadas¹⁴. Esse é um modelo bastante criticado, inclusive nos Estados Unidos, por acarretar uma hipertrofia da atuação judicial, colocando em risco a própria separação dos poderes.

⁹ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” - decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processo Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202, p. 182.

¹⁰ FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 583-607, p. 590.

¹¹ SALAZAR, Rodrigo; MEIRELES, Edilton. Decisões estruturais e acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 21-38, p. 32, 2 dez. 2017.

¹² BUENO, C. C.; FACHIN, Melina Girardi. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 4, p. 211-246, p. 225, 2018.

¹³ TUSHNET, Mark V. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 21.

¹⁴ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 91-93.

Em contrapartida, no *weak-form review*, busca-se a construção de um diálogo institucional entre os setores políticos e o Judiciário, com o intuito de retirar deste Poder o monopólio sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais envolvidos no litígio¹⁵. Consequentemente, as instâncias judiciais respeitam as funções típicas da Administração Pública e não intentam formular, unilateralmente, as medidas que devem ser adotadas para a superação das omissões políticas. O modelo colombiano, desenvolvido a partir do Estado de Coisas Inconstitucional, poderia ser enquadrado nesse paradigma.

Por fim, tem-se o experimentalismo, defendido por Sabel e Simon¹⁶ como um desdobramento do *weak-form review*. No paradigma experimentalista, as Cortes abandonam o seu papel tradicional de apenas julgar, procurando estimular processos deliberativos que envolvam os apares e outros grupos interessados no litígio, para desenvolverem e implementarem os seus direitos¹⁷. Portanto, a sua característica distintiva é a grande abertura à participação, tanto do segmento populacional afetado pela omissão política, como das instituições, públicas e privadas, interessadas no litígio estrutural. O Compromisso Significativo, remédio estrutural desenvolvido pela Corte Constitucional da África do Sul, é uma expressão do experimentalismo¹⁸.

Ciente dos três principais paradigmas que orientam a utilização das sentenças estruturais, resta analisar como os processos estruturais têm se desenvolvido no Brasil.

2.2. Os processos estruturais no Brasil

É crescente o número de estudos publicados no país sobre processos estruturais, sobretudo nos últimos dez anos. Os fundamentos desses litígios, no entanto, não são novidade na jurisprudência nacional. O próprio STF já tratou, em diversas circunstâncias, sobre a possibilidade de intervenção do Judiciário no âmbito de atuação dos poderes políticos, sobretudo em questões de saúde, educação e sistema carcerário.

Um caso seminal julgado pelo STF em 2004 foi a ADPF nº 45. Apesar de ter sido uma decisão monocrática, proferida pelo ministro Celso de Mello, a ADPF nº 45 contribuiu para fixar a base jurídica para o desenvolvimento dos processos estruturais, especialmente porque sinalizou pela possibilidade da atuação judicial na imposição

¹⁵ DIXON, Rosalind. O argumento central a favor da forma fraca de controle de constitucionalidade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 2, p. 5-55, p. 18-19, 2019

¹⁶ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Cambridge: Harvard Law Review, 2004. p. 1019.

¹⁷ LIEBENBERG, Sandra; YOUNG, Katharine G. Adjudicating social and economic rights: Can democratic experimentalism help?. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 237-257, p. 237.

¹⁸ RAY, Brian. **Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 24.

de medidas para concretizar direitos fundamentais, ainda que em caráter subsidiário e excepcional. Além disso, foi reconhecido que o Executivo e o Legislativo não possuem irrestrita liberdade de atuação, cabendo ao Judiciário resguardar o mínimo existencial ameaçado pelas omissões estatais¹⁹.

Seguindo na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 592.581, consignou que o Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize reformas emergenciais em presídios para assegurar o mínimo existencial dos detentos. É nesse sentido o teor do tema nº 220, de repercussão geral e oriundo do julgamento do referido Recurso Extraordinário. Por meio desse enunciado, o STF deixa claro que há “competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos”²⁰.

Ainda que tais casos tenham propiciado uma maior intervenção judicial na elaboração e execução de políticas públicas, o principal marco para os processos estruturais foi o reconhecimento, pela primeira vez no Brasil, de que o sistema prisional brasileiro poderia ser diagnosticado como um “Estado de Coisas Inconstitucional”, no julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347/DF, em 2015, mencionada na introdução deste artigo.

A decisão proferida na ADPF nº 347/DF teve um grande impacto no direito brasileiro. Primeiro, porque estabeleceu ao Conselho Nacional de Justiça o dever de regular, em âmbito nacional, a chamada audiência de custódia, além de ter determinado várias medidas para minimizar a crise do sistema carcerário brasileiro. Segundo, porque inspirou a comunidade acadêmica a pesquisar sobre demandas estruturais e a desenvolver modelos processuais adequados à realidade brasileira²¹.

Ressalte-se que a referida ação foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com o suporte jurídico da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Nos pedidos da ação, o PSOL requereu, dentre outros pleitos, que o STF reconheça o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional; que o Governo Federal elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um Plano Nacional visando a superação do ECI do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 17 abr. 2020.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220>. Acesso em: 17 abr. 2020.

²¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **JURISPOIESIS**, v. 18, p. 130-159, p. 146, 2015.

prazo de 3 anos; que o STF delibere sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que reputar necessárias para a superação do crise²².

Na decisão, o ministro Marco Aurélio, seguido por outros ministros, mencionou explicitamente o conceito de demanda estrutural, baseando-se, pelo menos retoricamente, no modelo colombiano. A decisão, contudo, seguiu uma linha mais injuncional, determinando obrigações a vários órgãos públicos, inclusive para que fosse resolvido o problema de contingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional, ponto crucial para garantir recursos financeiros capazes de superar o problema²³.

Uma das críticas à atuação do STF, na ADPF nº 347/DF, é no sentido de se criar um modelo de processo estrutural que aumente demasiadamente os poderes judiciais. De fato, há um risco de se transformar o Judiciário em uma instância revisora dos trabalhos do Executivo, com o poder de alterar ou complementar os planos que serão formulados com quaisquer medidas que, em seu entender, sejam necessárias, podendo ignorar até as análises técnicas desenvolvidas pelos órgãos administrativos competentes. Por essa razão, Vieira e Bezerra²⁴, analisando a adoção do ECI na ADPF nº 347/DF, afirmam que a forma como o instituto foi adotado no País, sem considerar a premente necessidade de promover um redesenho institucional, acaba por esvaziá-lo. É esse também o pensamento de Magalhães²⁵, que afirma:

Do ponto de vista dogmático, não é tarefa simples explicar a inserção do ECI no direito constitucional brasileiro. A decisão do STF na ADPF 347 é inconsistente na caracterização dos pressupostos que justificariam a declaração de um ECI, as medidas cautelares deferidas são pouco efetivas, há uma injustificada demora no julgamento do mérito, os poderes apresentaram respostas pouco substantivas e que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e a capacidade de uma Corte Suprema mudar um estado fático de coisas por meio do Direito é posta em dúvida.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015b. p. 70-73. Disponível em: <http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

²³ VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). p. 19. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudoslegislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em: 09 mai. 2020.

²⁴ VIEIRA, J. R.; BEZERRA, R. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T025 e a ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 203-223, p. 221.

²⁵ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, [s.l.], v. 15, n. 2, p. 1-37, p. 31-32, 2019

As críticas são, em grande medida, procedentes, sobretudo porque o STF não seguiu as técnicas mais dialogais utilizadas pela Corte Constitucional Colombiana ao desenvolver o Estado de Coisas Inconstitucional. Ao invés de impor medidas concretas e estabelecer obrigações a serem realizadas, a CCC costuma reforçar as responsabilidades de cada órgão, exercendo muito mais uma função de articulação, coordenação e desbloqueio de entraves burocráticos do que jurisdicional.

Atualmente, existem outras tentativas de adaptar o Estado de Coisas Inconstitucional para a realidade brasileira. Por exemplo, na ADPF nº 682, proposta em 07/05/2020, o Conselho Federal da OAB pediu a suspensão das autorizações para criação de novos cursos jurídicos que ainda não iniciaram o seu funcionamento, bem como o veto à abertura de novas vagas em instituições privadas. Dentre os pleitos apresentados, a entidade requer ao Tribunal “reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional referente à situação do ensino jurídico, em decorrência da violação sistemática ao preceito constitucional que garante a qualidade do ensino jurídico superior (art. 209, CF)”²⁶. Aqui se nota, mais uma vez, uma deturpação da lógica do instituto, que tem como pressuposto uma violação massiva de grupos vulneráveis, bem como a inércia estrutural de vários entes públicos e privados, e não simplesmente um apelo retórico diante de uma falha genérica de serviços públicos e/ou privados.

De qualquer modo, o que se percebe são vários riscos decorrentes de uma má utilização do ECI, que tem, inclusive, gerado um *backlash* no meio político contra a atuação judicial sem parâmetros objetivos. Nesse sentido, o senador Antônio Carlos Valadares apresentou, em 11 de novembro de 2015, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736/2015²⁷, que, além de estabelecer pressupostos objetivos a serem observados pelo Tribunal para o reconhecimento do ECI, determina também que o reconhecimento desse estado de coisas fosse precedido da celebração de um Compromisso Significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados, o que foi notoriamente inspirado no modelo da África do Sul, que será aqui apresentado.

A mensagem que podemos extrair, a partir dos desdobramentos da ADPF nº 347/DF, é que o STF ainda não acolheu, infelizmente, um modelo mais dialógico de processo estrutural. Predomina a visão tradicional de adjudicação, em que o papel do

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 682. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2020. p. 70. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/05/oab-suspensao-cursos-dedireito.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2020.

²⁷ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 736/2015**. Altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. Brasília, 2015c. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/124010>. Acesso em: 02 jan. 2020.

poder judiciário é *decidir* e *impor* soluções, mesmo que isso implique a alteração de estruturas organizacionais profundas²⁸.

Por conta disso, é necessário reforçar a necessidade de buscar alternativas ao modelo estrutural conduzido pelo STF, de tal forma que o Judiciário possa promover a efetivação dos direitos socioeconômicos, sem tomar para si a função de elaborar as políticas públicas exigidas pelo caso concreto.

3. QUANDO O JUDICIÁRIO ULTRAPASSA OS SEUS LIMITES: INEFICIÊNCIA, SEPARAÇÃO DE PODERES E EFEITO *BACKLASH*

Conforme visto na introdução, costuma-se criticar o controle jurisdicional de políticas públicas com base em três argumentos centrais: a incapacidade técnica do Judiciário para formular políticas públicas, o que pode levar à ineficiência do processo estrutural; a violação do princípio da separação de poderes; e a ocorrência de um efeito *backlash*. É importante analisar as três objeções em conjunto, já que o último tópico deste trabalho apresenta as contribuições do Compromisso Significativo para a superação dessas críticas.

A primeira questão levantada contra a intervenção judicial no âmbito das políticas públicas é o clássico argumento de que o Judiciário, ao proceder dessa forma, usurpa competências exclusivas dos poderes políticos. Na concepção mais rígida da separação de poderes, “[...] sempre haverá um *núcleo essencial* da função que não é passível de ser exercido senão pela Poder competente”²⁹. Foi, com base nessa argumentação, inclusive, que muitos criticaram a introdução de direitos sociais na nova Constituição sul-africana³⁰. Olhando a questão por essa perspectiva, para que o Judiciário possa promover a efetividade desses direitos, é inevitável que interfira, em alguma medida, no âmbito de atuação do Executivo, razão pela qual seria melhor não os incluir no texto constitucional.

Em segundo lugar, tem-se a incapacidade técnica dos membros do Judiciário para intervir em políticas públicas. Os órgãos jurisdicionais são compostos por magistrados que têm o Direito como formação acadêmica, não reunindo, em tese, conhecimentos suficientes para realizar realocações orçamentárias ou analisar todos os fatores envolvidos na formulação de uma política pública. O mesmo pode ser dito de seus assessores, que os auxiliam no embasamento jurídico das decisões, mas não são, em

²⁸ SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. **Columbia Journal of European Law**, v. 13, p. 565-594, p. 569, 2006.

²⁹ RAMOS, Eival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118.

³⁰ RAY, Brian. **Engaging with Social Rights**: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 35.

regra, especialistas em outras áreas de conhecimento, que são fundamentais para a criação de políticas públicas adequadas.

As demandas estruturais envolvem um extenso rol de complexas questões econômicas, sociais e culturais, não sendo uma tarefa fácil fixar a solução para as omissões políticas que originaram o litígio³¹. Assim, uma atuação unilateral da instância judicial pode não só violar a separação de poderes, mas conduzir à aplicação de medidas paliativas, que, na melhor das hipóteses, produzem efeitos em curto prazo, porém não resolvem o verdadeiro problema.

Por último, tem-se a possibilidade de uma sentença estrutural gerar um efeito *backlash* que comprometa a sua eficiência. O termo tem sido utilizado para designar uma contundente reação contrária a decisões judiciais consideradas excessivamente progressistas, e que pode advir tanto da sociedade quanto dos poderes políticos instituídos, comprometendo a eficiência da sentença proferida³². O fenômeno tende a ocorrer quando uma decisão diverge, consideravelmente, da normatização consagrada socialmente ou das instituições em relação às quais segmentos influentes da população mantenham uma significativa fidelidade normativa³³.

Exemplo recente do fenômeno, no Brasil, foi o caso da vaquejada, declarada inconstitucional pelo STF, que reconheceu como inválida a Lei nº 15.299/2013, a qual regulamentava a atividade no estado do Ceará e teve sua constitucionalidade questionada na ADI nº 4.983. Reagindo à decisão proferida em 2016, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 96/2017, estabelecendo que as práticas desportivas que utilizem animais não são cruéis, desde que sejam uma manifestação cultural³⁴.

Um bom exemplo de como os referidos problemas podem comprometer os efeitos de uma sentença estrutural pode ser observado no histórico do Estado de Coisas Inconstitucional, na própria Colômbia.

Analisando o desenvolvimento do ECI, Campos³⁵ conclui que é possível diferenciar duas fases principais na aplicação do instituto: a primeira, marcada pela ineficiência

³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448, p. 448.

³² KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). **O Direito Achado na Rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7, p. 192-196, p. 194.

³³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal**: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática [online]. 2013. p. 9. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso em: 20 jun. 2020.

³⁴ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MURAD, Rakel Dourado. O caso da vaquejada entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo: a quem cabe a última palavra?. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 18-37, p. 35, dez. 2017.

³⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 167.

e por intervenções solipsistas do judiciário, cujo maior exemplo é a sentença T-153; já a segunda, iniciada com a sentença T-25, é caracterizada pelo rigor na identificação de situações que verdadeiramente ensejam o reconhecimento do ECI, bem como por uma maior preocupação com a eficiência das demandas estruturais.

Assim como ocorre hoje no Brasil, a Colômbia possuía um sistema prisional falho, permeado de graves violações aos direitos fundamentais dos encarcerados e comprometido pelo processo de superlotação³⁶. Diante dessa realidade, diversas ações de tutela³⁷ foram propostas no intuito de exigir do Estado uma solução. Inicialmente, as ações ajuizadas tratavam do sistema prisional das cidades de Bogotá e *Bellavista*, entretanto, percebendo que semelhantes violações aos direitos fundamentais eram encontradas em prisões de todo o país, a Corte Constitucional Colombiana reconheceu o ECI de todo o sistema carcerário, na tentativa de superar as omissões políticas existentes.

À vista disso, a Corte determinou uma série de medidas que deveriam ser adotadas pelas instituições prisionais, a fim de proteger os direitos fundamentais dos encarcerados. Essas medidas incluíam reformulações nas políticas públicas existentes, construção de novos módulos prisionais e reorganização das disposições orçamentárias, com o intuito de dar uma prioridade fiscal maior para a crise existente³⁸.

Ainda que a atuação jurisdicional tenha sido imbuída de boas intenções, os objetivos pretendidos pela Corte não foram alcançados, isso porque, conforme explicam Garavito e Franco³⁹, a CCC adotou uma postura de legitimidade duvidosa e ineficiente, focando em soluções impostas unilateralmente e que produziram efeitos, sobretudo, em curto prazo. Analisando as razões para esse fracasso, Maia⁴⁰ aponta três fatores principais: medidas excessivamente rigorosas e impostas de forma unilateral pela Corte,

³⁶ MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015b, p. 241- 264.

³⁷ A ação de tutela é um instrumento processual introduzido pela Constituição Colombiana de 1991, no intuito de proteger a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Valendo-se dessa ação, introduzida pela Constituição Colombiana de 1991, qualquer pessoa pode ingressar em juízo pleiteando proteção aos seus direitos fundamentais, que eventualmente estejam ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela**: El llamado "Estado de cosas inconstitucional" Estudios Constitucionales, v. 1, n. 1, 2003. p. 203- 228, p. 205-206.

³⁸ MAIA, Isabelly Cysne Augusto. **Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos**: por novos protagonistas na esfera pública democrática. 2018. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. p. 26.

³⁹ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Colección de Justicia, 2010. p. 36.

⁴⁰ MAIA, Isabelly Cysne Augusto. **Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos**: por novos protagonistas na esfera pública democrática. 2018. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. p. 36.

ausência de meios de fiscalização por parte do Judiciário e tangenciamento do cerne da questão carcerária do país.

Ao proferir a sentença T-153, a Corte determinou uma série de alterações nas políticas públicas estatais sem dialogar com os poderes políticos competentes para realizá-las. O resultado desses comandos foi o documento *General Program to Comply with Constitutional Court Ruling T-153 of April 28, 1998* pelo INPEC (Instituto Nacional de Penitenciárias e Prisões)⁴¹, o qual estabeleceu a criação de novos módulos prisionais para dois mil presos, bem como determinou a construção de três complexos carcerários, responsáveis por criar cinco mil e seiscentas novas vagas no sistema prisional.

Além dessa atuação unilateral, Ariza⁴² aponta que a CCC não estabeleceu formas eficientes de fiscalização, da mesma maneira que não explicou como a reforma de presídios existentes seria a melhor solução em longo prazo e, principalmente, não realizou discussões sobre a razão dos altos níveis de encarceramento do país. Consequentemente, a sentença T-153, ainda que em um primeiro momento tenha contribuído com a redução da superlotação prisional, funcionou como uma medida paliativa, apenas adiando o retorno da crise⁴³. A prova de que essa decisão foi ineficiente é que a Corte reconheceu o ECI do sistema penitenciário em outras duas decisões: a decisão T-338, de 2013, e a T-162, de 2015⁴⁴.

Em estudo sobre a eficiência da medida cautelar concedida na ADPF nº 347/DF e como os poderes políticos reagiram à decisão, Magalhães⁴⁵ defende que os pedidos finais aproximam, negativamente, os dois países, afirmando ainda que a centralização da formalização de planos de ação e de políticas públicas pelo STF enfraquece politicamente o Executivo e o Legislativo, os quais não têm incentivos suficientes para fornecer, autonomamente, os meios para solucionar a crise do sistema prisional.

Apesar da força dos argumentos apresentados pelos opositores dos litígios estruturais, bem como dos exemplos de excessiva intervenção judicial que conduz à

⁴¹ ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162, p. 153.

⁴² ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162, p. 153.

⁴³ CHAGAS, Tayná Tavares das et al. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 8, n. 4, p. 2.596-2.612, 2015.

⁴⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2016. p. 133.

⁴⁵ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, [s.l.], v. 15, n. 2, p. 1-37, p. 31, 2019.

ineficiência das decisões, o presente estudo intenta demonstrar que os riscos apontados podem ser contornados com base em um modelo mais dialógico de sentença estrutural, como o desenvolvido pela África do Sul.

4. A SOLUÇÃO SUL-AFRICANA PARA OS PROCESSOS ESTRUTURAIS: O COMPROMISSO SIGNIFICATIVO

Ao analisar a eficiência das intervenções judiciais em prol da efetivação de direitos socioeconômicos, David Landau⁴⁶ aponta a importância de estudar a experiência sul-africana. Em sua opinião, a atuação da Corte Constitucional do país é um exemplo do que não deve ser feito em matéria litígios estruturais. Argumenta que as sentenças estruturais dialógicas não são capazes de obter bons resultados, falhando em proteger os segmentos sociais mais carentes e marginalizados. Para o autor⁴⁷, a solução é uma intervenção mais firme por parte do Judiciário.

O propósito deste tópico é mostrar porque afirmações como as de Landau estão equivocadas, sobretudo ao negar a importância de um diálogo interinstitucional para a busca da superação de problemas estruturais. De início, é preciso concordar com a importância do estudo da experiência constitucional sul-africana, que tem sido riquíssima em várias searas, inclusive nos litígios estruturais. Mas não se pode concordar com a afirmação de Landau de que o modelo sul-africano não merece servir de inspiração. A posição do autor é baseada em um precedente mais antigo, o caso *Grootboom*⁴⁸, não levando em conta outros importantes julgados posteriores.

Neste artigo, dois casos posteriores a *Grootboom* são estudados: *Olivia Road* e *Joe Slovo*. Esses dois precedentes são fundamentais para a compreensão daquilo que veio a ser conhecido como Compromisso Significativo, instituto que não foi objeto da análise de Landau.

Ao julgar processos estruturais, a Corte Constitucional sul-africana, ainda que tenha variado ao longo do tempo a sua abordagem quanto aos direitos socioeconômicos⁴⁹, possui um perfil claro quanto aos limites de intervenção no âmbito das polí-

⁴⁶ LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, 2012, p. 190-247, p. 192.

⁴⁷ LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, 2012, p. 190-247, p. 245-246.

⁴⁸ Caso emblemático da África do Sul, no qual uma comunidade de 900 pessoas foi expulsa de uma propriedade privada, ficando sem moradia fixa e sendo obrigada a se instalar em alojamentos improvisados. O caso foi levado à Corte Constitucional, a qual determinou que o Poder Público deveria criar e implementar, conforme os recursos disponíveis, um programa destinado a efetivar o direito ao acesso à moradia adequada, capaz de providenciar socorro para aqueles que estariam vivendo em condições deploráveis WESSON, Murray. *Grootboom and Reassessing: Beyond the Socioeconomic Jurisprudence of the South African Constitutional Court*. *South African Journal On Human Rights*, [s.l.], v. 20, n. 2, p. 284-308, jan. 2004.

⁴⁹ Tentando compreender a atuação da Corte em litígios que envolvem direitos socioeconômicos, Wilson e Dugard (2011, p. 35-36) dividem os casos a ela submetidos em dois grupos, os quais chamam de primeira e

ticas públicas. Sempre esteve mais confortável promovendo a eficácia desses direitos de forma dialógica, apontando a inconstitucionalidade de atuações do Poder Público sem, todavia, determinar unilateralmente o conteúdo das políticas públicas que devem ser realizadas⁵⁰. É por isso que Roux⁵¹, analisando a relação entre a Corte e os setores políticos, afirma que o tribunal foi bem-sucedido em intervir em uma das áreas mais sacrossantas do setor político: a formulação de políticas públicas. E foi tentando promover a eficiência dos direitos socioeconômicos, enquanto respeita às competências do Executivo, que a Corte desenvolveu o Compromisso Significativo, que será aqui analisado a partir dos dois casos paradigmáticos já mencionados, começando pelo caso *Olivia Road*.

4.1. O caso *Olivia Road v. City of Johannesburg* e a origem do Compromisso Significativo

Ainda que o Compromisso Significativo não seja utilizado apenas para assegurar o direito à moradia, a sua primeira utilização ocorreu em um caso de despejo, promovido pela cidade Johannesburg.

Entre os anos de 2002 e 2006, tornou-se comum a realização de despejos em massa nas periferias da cidade⁵², no intuito de efetivar programas de revitalização urbana. Durante o período do *apartheid*, o governo sul-africano conseguiu segregar, no espaço urbano, a população negra⁵³. Enquanto a minoria branca, geralmente, vivia mais próxima aos centros das cidades, a maioria da população negra residia em regiões periféricas. Por isso, nesses locais, era comum encontrar milhares de pessoas morando em prédios inadequados para a habitação. Com a instauração do regime democrático, uma

segunda onda de litígios sociais. Ao julgar os casos da primeira onda, a Corte enfrentou a tarefa de estabelecer um paradigma interpretativo que possibilitasse a efetivação dos direitos socioeconômicos, enquanto mantivesse a sua estabilidade institucional. Já os casos da segunda onda consolidam o processo de proceduralização: a Corte foca mais em promover a democracia participativa por meio dos litígios que tratem de direitos sociais, incluindo os segmentos populacionais afetados pelas omissões políticas no processo de formulação de políticas públicas. É nessa segunda fase que a Corte desenvolve o Compromisso Significativo, sentença estrutural dialógica que inclui os segmentos populacionais afetados na resolução do litígio. WILSON, Stuart; DUGARD, Jackie. *Constitutional Jurisprudence. Socio-economic Rights In South Africa*, [s.l.], p. 35-62, p. 35-36, 2011. Cambridge University Press.

⁵⁰ RAY, Brian. **Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 41-43.

⁵¹ ROUX, Theunis. *Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. London: Frank Cass Publishers, 2005. p. 66-80. p. 76-77.

⁵² WILSON, Stuart. *Litigating Housing Rights in Johannesburg's Inner City: 2004 — 2008*. **South African Journal On Human Rights**, [s.l.], v. 27, n. 1, p. 127-151, p. 135, jan. 2011.

⁵³ CLOETE, Clireesh Terry. **A critical analysis of the approach of the courts in the application of eviction remedies in the pre-constitutional and constitutional context**. 2016. 231 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2016. p. 78.

das principais preocupações do Poder Público, tanto o nacional quanto o municipal, era promover uma reestruturação dessas residências, proporcionando moradia digna para os segmentos sociais marginalizados.

Para o governo de Johannesburgo, o despejo era uma medida necessária, tendo em vista as condições insalubres em que se encontravam as construções residenciais nas periferias da cidade. No plano de regeneração municipal, datado de 2004, é possível verificar algumas das justificativas utilizadas: prédios em más condições, aumento das moradias em condições insalubres e aumento da criminalidade nessas regiões⁵⁴. Ao todo, os despejos atingiram mais de 67.000 pessoas.

Os planos desenvolvidos pela cidade, entretanto, pecavam em um importante ponto: nas suas 53 páginas, não se encontrava qualquer discussão sobre o que aconteceria com os moradores despejados, ou como a seção 26⁵⁵ da Constituição seria respeitada⁵⁶. Em vez disso, o plano focava, principalmente, em obter investimentos privados para a sua realização e em delinear formas de promover a valorização dos imóveis da região. Além de ignorar a condição da população que perderia a sua moradia, o plano intentava identificar novos meios jurídicos que tornassem os despejos mais rápidos e efetivos⁵⁷, diminuindo a possibilidade de oposição pelos residentes, que careciam de conhecimentos e recursos para contestar legalmente as ações do Poder Público.

O caso *Olivia Road* tem início quando a cidade de Johannesburgo ajuíza uma ação no Tribunal Regional de *Witwatersrand*⁵⁸, solicitando a autorização judicial para despejar mais 400 residentes de prédios que seriam reestruturados. O Tribunal Regional rejeitou o pedido de despejo do governo municipal, entendendo que a cidade violou a seção 26 da Constituição, a qual assegura o direito à moradia, já que a municipalidade

⁵⁴ RAY, Brian. **Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 111.

⁵⁵ 26. Housing.- (1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions. ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). **Constitution Of The Republic Of South Africa No. 108 of 1996**. Pretória, 1996. p. 1255. Disponível em: <https://www.gov.za/sites/default/files/images/a108-96.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁵⁶ RAY, Brian. **Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 111.

⁵⁷ RAY, Brian. **Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 111.

⁵⁸ Os Tribunais Superiores (High Courts) ocupam a segunda instância judicial da África do Sul, com jurisdição em uma área delimitada geograficamente. Já o Supremo Tribunal de Apelação (Supreme Court of Appeal) equivale ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil. Localizado em Bloemfontein, a SCA é a última instância para discussões acerca de matérias infraconstitucionais, cujas decisões serão vinculantes para todos os tribunais inferiores. SAMPAIO, Karinne F. O controle e a implementação do direito à saúde: a jurisprudência da África do Sul. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, p. 85-109, p. 87, 2016.

pretendia despejar os moradores sem providenciar abrigos alternativos⁵⁹. Após a decisão, o governo municipal apelou para a Suprema Corte de Apelação (SCA), que reverteu a decisão do Tribunal Regional e concluiu que os despejos eram autorizados pela Constituição. Em prol dos residentes, a SCA apenas determinou que a cidade tinha o dever de providenciar abrigo para aqueles que perdessem a sua moradia⁶⁰;

Recorrendo da decisão proferida pela SCA, os residentes conseguiram levar a ação à Corte Constitucional, que aceitou o caso em maio de 2007. No dia 30 de agosto, a Corte expediu a primeira ordem para que um Compromisso Significativo fosse realizado entre as partes envolvidas no litígio. A decisão, redigida pelo juiz Zakeria Yacoob, determinou que:

*A cidade de Joanesburgo e os demandantes devem estabelecer entre si um compromisso significativo assim que possível, em um esforço para resolver as diferenças e dificuldades expostas nesta ação à luz dos valores da Constituição, dos deveres constitucionais e estatutários do município e dos direitos e deveres dos cidadãos em questão*⁶¹.

Após dialogarem por alguns meses, as partes chegaram a um acordo parcial. Dentre outras determinações, o governo municipal concordou em não realizar o despejo e implementar medidas que melhorassem os prédios e a vida dos seus moradores, como limpeza da área residencial, acesso à água e saneamento básico⁶². A cidade também concordou em reformar vários outros prédios localizados na periferia da cidade, fornecendo serviços públicos essenciais para os moradores da região, além de limitar quaisquer taxas de aluguel para não mais de 25% da renda mensal dos ocupantes. Por fim, o governo aceitou continuar o diálogo em longo prazo, buscando soluções para os problemas de moradia.

Encerrada a primeira fase de negociações, as partes retornaram à Corte, buscando não só a aprovação dos termos acordados, como também uma decisão sobre a adequação do acordo aos requisitos apresentados no caso *Grootboom*. Para a surpresa

⁵⁹ AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, and 197 Main Street vs city of johannesburg**. Braamfontein, 2008. p. 3. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020.

⁶⁰ AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, and 197 Main Street vs city of johannesburg**. Braamfontein, 2008. p. 2. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020.

⁶¹ The City of Johannesburg and the applicants are required to engage with each other meaningfully and as soon as it is possible for them to do so, in an effort to resolve the differences and difficulties aired in this application in the light of the values of the Constitution, the constitutional and statutory duties of the municipality and the rights and duties of the citizens concerned. AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, and 197 Main Street vs city of johannesburg**. Braamfontein, 2008. p. 5. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020.

⁶² LIEBENBERG, Sandra. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'. **African Human Rights Law Journal**, 12, 1-29, p. 15, 2012.

dos dois lados, em sua decisão final, a Corte não analisou essa questão. Em vez disso, priorizou a formalização do Compromisso Significativo como um requisito constitucional a ser realizado em todos os futuros casos em que o despejo de residentes fosse uma possibilidade⁶³. A Corte, na ocasião, elencou quatro características que deveriam acompanhar o remédio estrutural.

Primeiro, o Compromisso deve seguir um padrão de razoabilidade, sendo flexível e adaptável aos contextos específicos de cada caso⁶⁴. Como a própria Corte expressou, “Em alguns casos a medida mais razoável pode ser a construção de moradias permanentes para os desalojados, em outros casos, o razoável pode ser não providenciar moradia alguma. As possibilidades entre esses dois extremos são quase infinitas.”⁶⁵.

Segundo, sempre que uma política pública de larga escala, como um plano de regeneração urbana, puder afetar negativamente algum segmento populacional, a municipalidade deve realizar o Compromisso logo no início do planejamento, ou seja, o diálogo com os cidadãos afetados não deve iniciar apenas na instância judicial, mas na própria etapa de planejamento da política pública. A Corte reconheceu que essa exigência impõe o desenvolvimento de instâncias estatais capazes de lidar com esses diálogos, o que acarretará um custo ao Poder Público. Ainda assim, o governo tem a obrigação de investir recursos na realização do Compromisso antes que a fase litigiosa seja sequer possível. Dessa forma, os grupos afetados se tornam mais do que passivos recipientes de direitos, para serem participantes ativos que ajudam a moldar as políticas públicas e as decisões que têm um impacto direto em suas vidas⁶⁶,

Terceiro, a Corte reconheceu a vulnerabilidade dos cidadãos afetados pelos despejos e a necessidade de representação especializada. Para lidar com essa desigualdade de poderes entre a população e o Poder Público, determinou que grupos da sociedade civil, atuantes na defesa dos direitos fundamentais afetados, têm um importante papel constitucional a desempenhar. Assim, “as organizações da sociedade civil que apoiam as demandas dos grupos afetados deveriam preferencialmente facilitar o processo de

⁶³ FUO, Oliver Njuh. Public participation in decentralised governments in Africa: Making ambitious constitutional guarantees more responsive. **African Human Rights Law Journal**, 15, 2015, 167-191.

⁶⁴ LIEBENBERG, Sandra. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of ‘meaningful engagement’. **African Human Rights Law Journal**, 12, 1-29, p. 16, 2012.

⁶⁵ It may in some circumstances be reasonable to make permanent housing available and, in others, to provide no housing at all. The possibilities between these extremes are almost endless. AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, and 197 Main Street vs city of Johannesburg**. Braamfontein, 2008. p. 12. Disponível

⁶⁶ MAHOMEDY, Sameera. **The potential of meaningful engagement in realising socioeconomic rights: Addressing quality concerns**. 2019. 171 f. Dissertação (Mestrado) - Law, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2019. p. 23.

negociação de todas as formas possíveis⁶⁷. Os conhecimentos técnicos que esses grupos possuem são fundamentais para que as negociações sejam bem-sucedidas⁶⁸.

Por fim, a Corte determinou que o governo deve desenvolver e manter um arquivo público sobre cada Compromisso, para que o Judiciário possa, posteriormente, analisar não só o resultado das negociações, mas o próprio procedimento utilizado para promover o diálogo entre as partes. Enfatizou que o sigilo seria contraproducente para assegurar a eficiência do processo, ressaltando que esses registros permitiriam ao Judiciário avaliar se a municipalidade adotou todas as medidas necessárias para alcançar um acordo com os grupos afetados. No entendimento da Corte, a falha em realizar o Compromisso, independentemente de considerações substanciais quanto a política pública a ser desenvolvida pelo governo municipal, pode, por si só, ser razão suficiente para negar um pedido de despejo⁶⁹.

4.2. O caso *Joe Slovo* e o aprimoramento do remédio estrutural

O outro caso paradigmático que contribuiu para o aprimoramento do Compromisso Significativo foi o caso *Joe Slovo*, cujos aspectos relevantes serão aqui explicados.

Em 2008, a cidade de *Cape Town* iniciou a implementação do *N2 Gateway*, projeto de desenvolvimento urbano destinado a construir casas de baixo custo aos moradores, mas que oferecessem adequadas condições de vida⁷⁰. O projeto fazia parte da política *Breaking New Ground* (BNG)⁷¹, adotada pela África do Sul, desde 2004, como tentativa de aprimorar as residências das periferias do país, em resposta ao caso *Grootboom*⁷². A comunidade de *Joe Slovo*, com mais de 20.000 residentes, seria diretamente afetada pelo *N2 Gateway*.

⁶⁷ Civil society organizations that support the peoples' claims should preferably facilitate the engagement process in every possible way. AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, and 197 Main Street vs city of Johannesburg**. Braamfontein, 2008. p. 14. Disponível

⁶⁸ Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation. **South African Journal On Human Rights**, [s.l.], v. 27, n. 1, p. 107-126, p. 122, jan. 2011

⁶⁹ AFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, and 197 Main Street vs city of Johannesburg**. Braamfontein, 2008. p. 14. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/11.html.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2020.

⁷⁰ MCLEAN, Kirsty. Meaningful Engagement: One Step Forward or Two Back? Some thoughts on *Joe Slovo*. **Constitutional Court Review**, Johannesburg, v. 3, p. 223-242, p. 224, 2010.

⁷¹ O BNG é um plano nacional do governo sul-africano, criado em 2004, com o intuito de erradicar as moradias informais no país, no menor tempo possível. Com base nele, foram desenvolvidas várias políticas de reestruturação urbana, para reformar assentamentos informais, como no caso de *Joe Slovo*. AFRICA DO SUL. **Breaking New Ground**. Pretória, 2004. Disponível em: <http://housingfinanceafrica.org/app/uploads/South-Africa-Breaking-New-Ground-BNG.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

⁷² RAY, Brian. **Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 119.

Joe Slovo era um dos maiores assentamentos informais da cidade de *Cape Town*, um verdadeiro símbolo de marginalização, exclusão econômica e desigualdade social⁷³. A sua ocupação teve início nos anos 1990, e, como explica Kotzé⁷⁴, as casas da comunidade eram precárias, construídas com materiais inflamáveis e carentes de serviços públicos básicos, como acesso à água e ao saneamento básico. Geralmente, reformas como as propostas pelo projeto *N2 Gateway* não demandavam a remoção dos moradores, sendo realizadas com a sua presença no local. Nesse caso, contudo, o governo optou por uma reforma mais ampla, o que exigiria a realocação dos moradores de *Joe Slovo*, para a região de *Delft*.

Antes de iniciar as realocações, o governo municipal fez algumas reuniões com os moradores da comunidade. A finalidade não era dialogar para construir uma solução para o problema, visto que ela já estava pronta, mas esclarecê-los sobre o que havia sido decidido e como o plano seria implementado. Muitos residentes concordaram com o plano, tendo em vista que a cidade e a empresa responsável pela regeneração urbana, *Tubelisha Homes*, asseguraram que a maior parte dos moradores poderiam retornar para *Joe Slovo*, pagando aluguéis bem mais baixos⁷⁵. Mas quando a primeira das três fases do projeto foi concluída, nenhuma das novas casas foi destinada aos moradores.

Decepcionados com as promessas que não foram cumpridas, os residentes organizaram protestos formais e informais, com o objetivo de impedir o prosseguimento do *N2 Gateway*. Tentando contornar a situação, a cidade de *Cape Town* recorreu ao Tribunal Regional, para assegurar o despejo dos residentes. O Tribunal ordenou que as realocações deveriam continuar, afirmando também que o governo municipal já havia dedicado esforço suficiente para dialogar com os moradores⁷⁶.

Com base nessa decisão, os residentes apelaram diretamente para a Corte Constitucional, que produziu duas decisões sobre o caso. A primeira, feita em 2009 e chamada de *Joe Slovo I*, levou em consideração que, diferentemente de *Olivia Road*, em *Joe Slovo*, a realocação dos moradores fazia parte de uma política pública especificamente destinada a assegurar o direito à moradia dos próprios residentes, garantindo-lhes também uma moradia temporária⁷⁷. Dessa forma, a Corte autorizou a realocação dos

⁷³ CHENWI, Lilian. Democratizing the socio-economic rights-enforcement process. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 178-196, p. 188.

⁷⁴ KOTZÉ, Tina. **Effective relief regarding residential property following a failure to execute an eviction order**. 2016. 229 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2016. p. 77-78

⁷⁵ PILLAY, A. Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement. **International Journal Of Constitutional Law**, [s.l.], v. 10, n. 3, p. 732-755, p. 742, jul. 2012.

⁷⁶ KOTZÉ, Tina. **Effective relief regarding residential property following a failure to execute an eviction order**. 2016. 229 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2016. p. 79.

⁷⁷ RADEBE, Sibusiso Blessing. **The protection of the right of access to adequate housing by the south african Constitutional Court**. 2013. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2013. p. 130.

moradores, no entanto, antes que o *N2 Gateway* pudesse prosseguir, seria necessário realizar um Compromisso Significativo entre a comunidade e a cidade, para decidir a melhor forma de implementar o projeto.

Ao utilizar o Compromisso Significativo, a Corte fixou parâmetros e objetivos que deveriam guiar as negociações das partes envolvidas. A lista de metas a serem alcançadas incluía:

*Primeiro, a ordem desta Corte impõe uma obrigação aos demandados de garantir que 70% dos novos lares construídos no local do assentamento informal Joe Slovo são alocados a essas pessoas que atualmente residem lá ou que foram residentes, mas se mudaram após o lançamento do N2 Gateway Housing Project. Em segundo lugar, a ordem desta Corte especifica a qualidade do alojamento temporário em que os ocupantes serão alojados após o despejo; e terceiro, a ordem deste tribunal exige um processo contínuo do envolvimento entre os residentes e os demandados em relação ao processo de realocação*⁷⁸.

Em segundo lugar, a Corte decidiu reter a sua jurisdição sobre o caso, exigindo que as partes reportassem o andamento e os resultados do diálogo, permitindo que, caso houvesse alguma ilegalidade no processo, as partes pudessem retornar à Corte, requisitando a sua interferência. Ray⁷⁹ explica que as duas medidas foram adotadas para pressionar a cidade de *Cape Town* a manter um diálogo efetivo com a comunidade afetada e para que o governo municipal reconsiderasse a decisão de realocá-los para *Delft*.

Iniciado o diálogo com os moradores, a cidade de *Cape Town* decidiu rever o seu posicionamento. Tendo em vista os parâmetros estabelecidos pela Corte, concluiu que seria viável seguir com o *N2 Gateway* sem precisar remover os residentes de suas moradias, fazendo todos os aprimoramentos necessários com os moradores em suas residências⁸⁰. Importante ressaltar que esse era o desejo dos moradores desde o início do

⁷⁸ First, this Court's order imposes an obligation upon the respondents to ensure that 70% of the new homes to be built on the site of the Joe Slovo informal settlement are allocated to those people who are currently residente there or who were resident there but moved away after the N2 Gateway Housing Project had been launched. Secondly, this Court's order specifies the quality of the temporary accommodation in which the occupiers will be housed after the eviction; and thirdly, this Court's order requires an ongoing process of engagement between the residents and the respondents concerning the relocation process. Corte Constitucional. **Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thebelisha Homes and Others (CCT 22/08)**. Braamfontein, 2009. p. 3. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPHC/2008/255.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁷⁹ RAY, Brian. **Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 121.

⁸⁰ CHENWI, Lilian. Democratizing the socio-economic rights-enforcement process. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 178-196, p. 190.

litígio. Analisando o desfecho do caso, Pillay⁸¹ defende que a interpretação substancial do direito à moradia, com detalhadas especificações que deveriam ser seguidas pelo governo municipal, e a retenção da jurisdição para supervisionar as negociações, proporcionaram o resultado positivo obtido. Utilizando essas medidas, a Corte conseguiu não só promover o diálogo entre as partes, mas, indiretamente, pressionar o governo municipal a rever a sua decisão inicial.

Assim, já que não havia mais necessidade de realocação dos moradores e que as outras reformas prometidas pelo Poder Público seriam realizadas com eles em suas residências, a Corte, em 2011, decidiu revogar a autorização para o despejo dos residentes. Esse caso ficou conhecido como *Joe Slovo* I⁸² e encerrou a ameaça de despejo dos moradores.

4.3. A importância da participação pública nos processos estruturais e as contribuições do Compromisso Significativo

Com base nos casos analisados, é possível observar que o Compromisso Significativo, além de dar voz aos segmentos sociais marginalizados, contribui para soluções eficientes dos litígios enfrentados, proporcionando também um diálogo entre o Judiciário, a comunidade afetada e o Executivo.

Em termos conceituais, é possível defini-lo como um processo determinado pelo Judiciário, no qual se estabelece um diálogo entre cidadãos e comunidades, de um lado, e o Poder Público, de outro, de tal forma que essas partes tentam, a partir da compreensão das perspectivas do outro, formular um acordo sobre a implementação de programas socioeconômicos que afetam essa população.

Segundo Gloppe⁸³, o sucesso dos litígios estruturais depende de quatro fatores: a possibilidade de os grupos afetados terem voz e acesso ao Judiciário; a capacidade de resposta dos tribunais demandados, aceitando os litígios; a habilidade dos juízes para encontrar meios legais adequados para assegurar os direitos econômicos e sociais; e o comprometimento das autoridades políticas com o cumprimento das decisões proferidas. Para a autora, é fundamental que haja uma maior participação da população afetada na superação da omissão política. Em um modelo de democracia deliberativa,

⁸¹ PILLAY, A. Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement. *International Journal Of Constitutional Law*, [s.l.], v. 10, n. 3, p. 732-755, p. 750, jul. 2012.

⁸² ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thebeli-sha Homes and Others (CCT 22/08)**. Braamfontein, 2011. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2011/8.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁸³ GLOPPE, Siri. **Social Rights Litigation as Transformation: South African Perspectives**. Chr. Michelsen Institute, CMI Working Paper WP 2005: 3, p. 3-4.

as Cortes podem se tornar um ambiente institucionalizado para ouvir as vozes marginalizadas e chamar a atenção para os seus clamores⁸⁴.

Há vários argumentos em prol de um processo estrutural dialógico, baseados tanto em valores intrínsecos, quanto extrínsecos. Tratando do tema, Liebenberg⁸⁵ afirma que a participação dos grupos sociais afetados na formulação de políticas públicas tem um valor intrínseco, pois permite que grupos historicamente marginalizados e economicamente excluídos possam ter expressão política e, efetivamente, influenciar o processo de tomada de decisões públicas. Para aprofundar a democracia participativa, é preciso que os cidadãos possam atuar nas instituições públicas de seu país, influenciando a formulação das políticas que afetam diretamente a sua comunidade, e isso inclui a instância judicial⁸⁶.

A jurisprudência sobre o Compromisso Significativo deixa clara a estreita ligação entre os direitos socioeconômicos e a democracia participativa. A Constituição sul-africana de 1996 busca promover um modelo de democracia participativa, incentivando o engajamento dos cidadãos nos processos de decisão pública que possam afetar as suas vidas⁸⁷. O direito de ser ouvido no processo de decisão pública é particularmente importante para os membros de grupos que são vítimas de marginalização social, econômica e política⁸⁸. Assim, ainda que a Constituição não preveja expressamente o *Meaningful Engagement*, a Corte Constitucional pôde inferi-lo de vários dispositivos constitucionais. Nesse sentido, a Corte explicou, no julgamento do caso *Doctors for Life International*, a importância do direito à participação:

Hoje, é constitutivo de suas identidades como cidadãos que eles tenham não só a chance de falar, mas também tenham a garantia de que serão ouvidos. Isso seria de especial relevância para aqueles que, no momento, podem se sentir politicamente desfavorecidos porque carecem de ensino superior, acesso a recursos e fortes conexões políticas. O envolvimento do público fortalece, em vez de prejudicar, a democracia formal, respondendo e negando alguns de seus déficits funcionais⁸⁹.

⁸⁴ LIEBENBERG, Sandra. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'. **African Human Rights Law Journal**, 12, 1-29, p. 11, 2012.

⁸⁵ LIEBENBERG, Sanda. Participatory Justice in Social Rights Adjudication. **Human Rights Law Review**, [s.l.], v. 18, n. 4, p.623-649, p. 626, 21 nov. 2018.

⁸⁶ HELLER, Patrick. Democratic deepening in india and south africa. **Journal of Asian and African Studies**, v. 44, n. 1, p. 123-149, p. 130-131, 2009.

⁸⁷ AUGUS, Vanessa Mary. **The mechanism of meaningful engagement in socio-economic rights cases as an enabler for the realisation of transformation and capacity building of the poor**. 2018. 84 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Pretoria, Pretoria, 2018. p. 19-20.

⁸⁸ LIEBENBERG, Sandra. Participatory Justice in Social Rights Adjudication. **Human Rights Law Review**, [s.l.], v. 18, n. 4, p.623-649, p. 624-625, 21 nov. 2018.

⁸⁹ It is constitutive of their dignity as citizens today that they not only have a chance to speak, but also enjoy the assurance they will be listened to. This would be of special relevance for those who may feel politically

No que diz respeito à participação comunitária, é importante ressaltar que o Compromisso Significativo não é uma mera consulta às populações atingidas pela ação ou omissão estatal⁹⁰. A consulta pública não assegura que as manifestações dos cidadãos sejam incorporadas às decisões do Executivo. O Compromisso ocorre quando a Administração Pública e a comunidade escutam-se mutuamente, com o intuito de alcançar pontos em comum. As comunidades envolvidas devem ser consideradas como partes integrantes do processo de construção das políticas públicas que serão adotadas, estando o Poder Público obrigado a executar o que pactuar com esses grupos.

Mas também há razões instrumentais para se optar por esse diálogo entre Poder Público e cidadãos. Primeiramente, há um importante ganho epistêmico na tomada de decisão pública⁹¹. Com a participação dos grupos afetados, os gestores públicos podem analisar melhor o problema enfrentado, confrontando suas ideias com as opiniões e as necessidades daquelas pessoas diretamente afetadas pela atuação estatal, sendo possível alcançar uma solução mais adequada ao problema. O ganho epistêmico aponta uma solução para o problema da incapacidade técnica do Judiciário.

Em ambientes deliberativos, nos quais há uma pluralidade de ideias, cada indivíduo pode comunicar ao outro experiências e discernimentos que complementam os que o outro já possui, fazendo com que o grupo, como um todo, tenha um importante ganho epistêmico para fundamentar as decisões que serão tomadas⁹². Isso é ainda mais relevante em processos estruturais, já que em intervenções unilaterais, nas quais os grupos afetados não são ouvidos, é comum que as verdadeiras causas do problema não sejam enfrentadas, adotando-se medidas paliativas e temporárias.

No diálogo a ser construído entre as partes, o Judiciário desempenha um importante papel para promover o ganho epistêmico. O Poder Público poderia tentar impor uma decisão previamente elaborada, sem apresentar razões técnicas que justifiquem as medidas que pretende adotar. As suas decisões podem estar baseadas em preferências indevidas, muito mais do que em fundamentos empíricos. Por isso, Judiciário pode

disadvantaged at present because they lack higher education, access to resources and strong political connections. Public involvement accordingly strengthens rather than undermines formal democracy, by responding to and negating some of its functional deficits. *ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others (CCT 12/05)*. Braamfontein, 2006. p. 123 124. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/11.html.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2020.

⁹⁰ CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socioeconomic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010. p. 10.

⁹¹ MAKABA, Ipeleng Josephinah. **Citizen participation and meaningful engagement as effective tools for good governance in policy-making and realisation of economic, social and cultural rights**. 2018. 67 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, University Of Pretoria, Pretoria, 2018. p. 10.

⁹² WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulos: Martins Fontes, 2003. p. 143.

analisar se o órgão administrativo adotou uma fonte qualificada de informações, capaz de embasar a solução do problema em questão. Como bem alertam Scott e Sturm, “Não é suficiente apresentar razões. As justificativas devem estar fundamentadas em registros de informação.”⁹³.

Apesar desse papel de supervisão, no Compromisso Significativo, não é a instância judicial que formula as políticas públicas, mas sim o Executivo, que deve trabalhar em conjunto com os segmentos populacionais afetados. Assim, o governo retém o poder de tomar as decisões administrativas e políticas que são consistentes com os direitos socioeconômicos⁹⁴. E isso é uma das principais contribuições que ele pode dar para os processos estruturais no Brasil. O seu caráter dialógico proporciona duas vantagens simultâneas: enquanto aumenta a legitimidade da decisão por meio da participação popular, enfraquece os argumentos de ameaça à separação de poderes e incapacidade técnica do Judiciário para formular políticas públicas, geralmente utilizados contra os processos estruturais.

Segundo, há maior transparência na formulação de políticas públicas⁹⁵, na medida em que o governo precisa justificar, publicamente, as escolhas que pretende realizar ao implementar uma política pública, ouvindo as necessidades dos grupos afetados⁹⁶. Isso é importante tanto para que os cidadãos fiscalizem a ação estatal, como também para permitir uma intervenção judicial fundamentada, tendo em vista que o Judiciário saberá como ocorreu o processo de tomada de decisão e o que motivou as partes durante as negociações. A transparência é um dos elementos mais importantes do experimentalismo, permitindo que o *status quo* seja exposto e, por meio das pressões sociais, modificado⁹⁷.

A transparência e o controle público são fundamentais para que os direitos socioeconômicos desempenhem a sua função de *destabilization rights*. Na definição de Unger⁹⁸, os direitos de desestabilização podem ser compreendidos como chaves de

⁹³ It is not enough to give reasons. These reasons must be supported by the informational record. SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. **Columbia Journal of European Law**, v. 13, p. 565-594, p. 587, 2006.

⁹⁴ LIEBENBERG, Sandra. Participatory Justice in Social Rights Adjudication. **Human Rights Law Review**, [s.l.], v. 18, n. 4, p.623-649, p. 641, 21 nov. 2018.

⁹⁵ CHENWI, Lilian. A new approach to remedies in socioeconomic rights adjudication: Occupiers of 51 Olivia Road and Others v City of Johannesburg and Others. **Constitutional Court Review**, Volume 2, Issue 1, p. 371 – 393, p. 388, Jan 2009

⁹⁶ DAVIS, Dennis M. The scope of the judicial role in the enforcement of social and economic rights: limits and possibilities viewed from the South African experience. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 197-214, p. 208.

⁹⁷ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Cambridge: Harvard Law Review, 2004. p. 1073.

⁹⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 530-531.

acesso às instituições públicas que, cronicamente, falham em cumprir suas obrigações constitucionais e que estão relativamente isoladas do controle político popular. Complementando essa definição, o autor afirma:

Direitos de desestabilização protegem o interesse do cidadão em abrir as organizações de grande escala ou as amplas áreas de prática social que permanecem fechadas aos efeitos desestabilizadores de conflitos comuns e, desse modo, sustentam hierarquias isoladas de poder e privilégios. A combinação de direitos de imunidade com direitos de desestabilização dá expressão jurídica ao mecanismo institucional central de todo o plano constitucional. O direito à desestabilização vincula o interesse coletivo em garantir que todas as instituições e práticas possam ser criticadas e revisadas, em prol do interesse individual de evitar a opressão⁹⁹.

Em terceiro lugar, aumenta-se a legitimidade das decisões tomadas, gerando uma maior cooperação pública e um maior comprometimento com a sua implementação, seja por parte do Estado, seja por parte dos cidadãos¹⁰⁰. As sentenças estruturais dialógicas oferecem uma alternativa para o dilema da justiciabilidade dos direitos sociais. Tratando do dilema, Michelman¹⁰¹ explica que, com a constitucionalização dos direitos socioeconômicos, o Judiciário deve escolher entre uma postura ativista ou de autoconstrução, decisão que sempre leva ou ao embaraço ou ao descrédito institucional. Por um lado, a instância judicial intervém diretamente na formulação de políticas públicas, ainda que não tenha a capacidade técnica necessária para reorganizar as prioridades do orçamento público e que contrarie a vontade política majoritária. Por outro, adotando uma postura deferente, o Judiciário pode esvaziar todo o conteúdo normativo dos direitos socioeconômicos, deixando-os dependentes da discricionariedade do Poder Público.

O Compromisso Significativo, todavia, mostra que o Judiciário não precisa ficar refém dessas duas opções. É possível promover a efetividade dos direitos sociais, respeitando as competências próprias da Administração Pública e dando voz aos segmentos

⁹⁹ Destabilization rights protect the citizen's interest in breaking open the large-scale organizations or the extended areas of social practice that remain closed to the destabilizing effects of ordinary conflict and thereby sustain insulated hierarchies of power and advantage. The combination of immunity rights with destabilization rights gives legal expression to the central institutional mechanism of the whole constitutional plan. The destabilization entitlement ties the collective interest in ensuring that all institutions and practices can be criticized and revised to the individual interest in avoiding oppression. UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987. p. 530.

¹⁰⁰ TYLER, Tom R. Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law. **Crime And Justice**, [s.l.], v. 30, p. 283-357, p. 350, jan. 2003.

¹⁰¹ MICHELMAN, F. I. The constitution, social rights, and liberal political justification. **International Journal Of Constitutional Law**, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 13-34, p. 16, jan. 2003.

populacionais afetados. Como argumenta Muller¹⁰², a parceria entre o grupo afetado e o Estado facilita a formação de uma base comum e compreensão mútuas, facilitando a compreensão e o engajamento dos setores políticos na solução das omissões políticas. Sem o engajamento destes setores, as sentenças estruturais tendem ao fracasso e, quanto maior a ingerência do Judiciário no âmbito de atuação dos demais órgãos estatais, maiores as chances de ineficiência da decisão.

Quando o Judiciário intervém de forma dialógica, os setores políticos poderão ganhar mais crédito pela solução implementada¹⁰³, visto que possuem uma maior margem de discricionariedade para sua atuação. Consequentemente, há um maior comprometimento dos órgãos administrativos com a implementação de uma solução efetiva para o problema enfrentado. Além de atenuar as críticas da separação de poderes e da incapacidade técnica, o comprometimento dos órgãos administrativos é fundamental para evitar a ocorrência do efeito *backlash*, que também é apontado como um dos principais riscos dos processos estruturais.

Sintetizando os argumentos expostos neste tópico, constata-se que as sentenças estruturais participativas, como o Compromisso Significativo, têm um importante papel na concretização dos direitos fundamentais. Isso porque respondem satisfatoriamente à crítica da separação de poderes, respeitam a capacidade técnica do Executivo para formular políticas públicas, e promovem o engajamento das partes com a solução do litígio, seja o Poder Público, sejam os segmentos populacionais afetados¹⁰⁴.

5. CONCLUSÃO

A concretização judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais é marcado por um paradoxo identificado por Robert Alexy: se os DESCs não puderem ser implementados por órgãos judiciais, eles correm o risco de serem transformados em mera retórica política. Por outro lado, se esses direitos forem exigíveis na via judicial, há o risco de deslocamento das decisões políticas, de índole social, do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário¹⁰⁵.

Esse paradoxo, contudo, pode ser minimizado se for reconhecido que não há uma dicotomia absoluta entre o amplo e irrestrito ativismo judicial e a total deferência à atuação política. É possível promover a efetividade dos direitos sociais prestacionais,

¹⁰² MULLER, Gustav. Conceptualizing “Meaningful Engagement” as a Deliberative Democratic Partnership. *Stellenbosch Law Review*, Stellenbosch, v. 22, p.742-758, p. 756-757, 2011.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturais na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 203-232, p. 230.

¹⁰⁴ LIEBENBERG, Sandra. Remedial principles and meaningful engagement in education rights disputes. *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, v. 19, n. 1, p. 1-43, p. 38, 2016.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

respeitando as competências próprias dos poderes políticos, sobretudo se for desenvolvido um modelo de processo estrutural mais aberto à participação comunitária e ao diálogo interinstitucional.

O Compromisso Significativo, modelo desenvolvido pela Corte Constitucional sul-africana, pode ser um ponto de partida para construir um modelo que caminha nessa direção. Nesse modelo, busca-se a participação dos segmentos populacionais afetados pelas omissões políticas, com vantagens intrínsecas e extrínsecas.

Por um lado, as comunidades afetadas são tratadas com dignidade, podendo influenciar a formulação das políticas públicas que lhes dizem respeito. Assim, os grupos sociais afetados não são vistos apenas como objetos da ação estatal, mas como parceiros na construção das soluções para os problemas enfrentados.

Por outro lado, existem razões instrumentais para promover a participação pública. Como visto, há um ganho epistêmico no processo de tomada de decisão, já que mais pontos de vista serão levados em consideração e, conseqüentemente, há uma maior chance de identificar as reais causas do problema. Além disso, há maior transparência na atuação estatal, que precisa justificar publicamente suas decisões, e, por fim, aumenta-se a chance de comprometimento do Poder Público com a resolução da demanda. Afinal, as medidas a serem executadas não serão impostas pelo Judiciário, mas construídas, por meio do diálogo, com os segmentos populacionais afetados.

Nesse sentido, o Compromisso Significativo é capaz de minimizar as três críticas centrais que costumam ser feitas aos processos estruturais. A utilização de um remédio estrutural dialógico evita a violação à separação de poderes, mitiga a preocupação quanto a incapacidade técnica do Judiciário para formular políticas públicas e diminui as chances de ocorrer um efeito *backlash*. Mesmo que se reconheçam diferenças na realidade jurídica e social brasileira, quando comparada à realidade sul-africana, pode-se dizer que o exemplo sul-africano pode contribuir para o aperfeiçoamento dos processos estruturais no Brasil, merecendo maior atenção por parte dos juristas brasileiros que querem repensar o papel do povo no constitucionalismo contemporâneo.

6. REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Breaking New Ground. Pretória, 2004. Disponível em: <http://housingfinanceafrica.org/app/uploads/South-Africa-Breaking-New-Ground-BNG.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2020.

ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 423-448.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162.

AUGUS, Vanessa Mary. **The mechanism of meaningful engagement in socio-economic rights cases as an enabler for the realisation of transformation and capacity building of the poor**. 2018. 84 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Pretoria, Pretoria, 2018.

BEATTY, David M. **A essência do Estado de direito**. Tradução: Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BUENO, C. C. ; FACHIN, Melina Girardi . Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 4, p. 211-246, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2016.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MURAD, Rakel Dourado. O caso da vaquejada entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo: a quem cabe a última palavra?. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 18-37, dez. 2017.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019.

CHAGAS, Tayná Tavares das et al. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 8, n. 4, p. 2.596-2.612, 2015.

CHENWI, Lilian. A new approach to remedies in socioeconomic rights adjudication: Occupiers of 51 Olivia Road and Others v City of Johannesburg and Others. *Constitutional Court Review*, Volume 2, Issue 1, p. 371 – 393, Jan 2009.

CHENWI, Lilian. Democratizing the socio-economic rights-enforcement process. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 178-196.

CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010.

CLOETE, Clireesh Terry. **A critical analysis of the approach of the courts in the application of eviction remedies in the pre-constitutional and constitutional context**. 2016. 231 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2016.

DAVIS, Dennis M.. The scope of the judicial role in the enforcement of social and economic rights: limits and possibilities viewed from the South African experience. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 197-214, 208.

DIXON, Rosalind. O argumento central a favor da forma fraca de controle de constitucionalidade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 2, p. 5-55, 2019.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Between activism and deference: social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 121-137.

FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 583-607.

FUO, Oliver Njuh. Public participation in decentralised governments in Africa: Making ambitious constitutional guarantees more responsive. **African Human Rights Law Journal**, 15, 2015, 167-191.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Colección de Justicia, 2010.

GLOPPEN, Siri. **Social Rights Litigation as Transformation: South African Perspectives**. Chr. Michelsen Institute, CMI Working Paper WP 2005: 3.

HELLER, Patrick. Democratic deepening in india and south africa. **Journal of Asian and African Studies**, v. 44, n. 1, p. 123-149, 2009.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 91-93.

KOTZÉ, Tina. **Effective relief regarding residential property following a failure to execute an eviction order**. 2016. 229 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2016.

KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). **O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina**. Brasília: UnB, 2015. v. 7, p. 192-196.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, 2012, p. 190-247.

LIEBENBERG, Sandra. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'. **African Human Rights Law Journal**, 12, 1-29, 2012.

LIEBENBERG, Sandra. Participatory Justice in Social Rights Adjudication. **Human Rights Law Review**, [s.l.], v. 18, n. 4, p.623-649, 21 nov. 2018.

LIEBENBERG, Sandra. Remedial principles and meaningful engagement in education rights disputes. **Potchefstroomse Elektroniese Regsblad**, v. 19, n. 1, p. 1-43, 2016.

LIEBENBERG, Sandra; YOUNG, Katharine G.. Adjudicating social and economic rights: Can democratic experimentalismo help?. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries**. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 237-257.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, [s.l.], v. 15, n. 2, p. 1-37, 2019.

MAHOMEDY, Sameera. **The potential of meaningful engagement in realising socio-economic rights:: Addressing quality concerns**. 2019. 171 f. Dissertação (Mestrado) - Law, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2019.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto. **Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: por novos protagonistas na esfera pública democrática**. 2018. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

MAKABA, Ipeleng Josephinah. **Citizen participation and meaningful engagement as effective tools for good governance in policy-making and realisation of economic, social and cultural rights**. 2018. 67 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, University Of Pretoria, Pretoria, 2018.

MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. **Revista Jurídica da Fa7**, Fortaleza, v. 12, n. 1, p.10-28, p. 25, 2015a.

MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direto Público: o Direito em tempos de crise**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015b, p. 241- 264.

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Controle judicial de políticas públicas: "controle judicial forte ou fraco"? **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 1, p. 191-215, 2019.

MCLEAN, Kirsty. Meaningful Engagement: One Step Forward or Two Back? Some thoughts on Joe Slovo. **Constitutional Court Review**, Johannesburg, v. 3, p. 223-242, 2010.

MICHELMAN, F. I.. The constitution, social rights, and liberal political justification. **International Journal Of Constitutional Law**, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 13-34, jan. 2003.

MULLER, Gustav. Conceptualizing "Meaningful Engagement" as a Deliberative Democratic Partnership. **Stellenbosch Law Review**, Stellenbosch, v. 22, p.742-758, 2011.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

OSNA, Gustavo. Nem "tudo", nem "nada" - decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processo Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly . Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **JURISPOIESIS**, v. 18, p. 130-159, 2015.

PILLAY, A. Toward effective social and economic rights adjudication: The role of meaningful engagement. **International Journal Of Constitutional Law**, [s.l.], v. 10, n. 3, p. 732-755, p. 750, jul. 2012.

RADEBE, Sibusiso Blessing. **The protection of the right of access to adequate housing by the south african Constitutional Court**. 2013. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2013.

RAMOS, Eival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAY, Brian. **Engaging with Social Rights: Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

RAY, Brian. Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation. **South African Journal On Human Rights**, [s.l.], v. 27, n. 1, p. 107-126, jan. 2011.

ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. London: Frank Cass Publishers, 2005. p. 66-80.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. **Destabilization rights: how public law litigation succeeds**. Cambridge: Harvard Law Review, 2004.

SAMPAIO, Karinne F.. O controle e a implementação do direito à saúde: a jurisprudência da África do Sul. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, p. 85-109, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturais na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 203-232.

SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in new governance. **Columbia Journal of European Law**, v. 13, p. 565-594, 2006.

TYLER, Tom R.. Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law. **Crime And Justice**, [s.l.], v. 30, p. 283-357, jan. 2003.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal**: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática [online]. 2013. p. 9. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica. Acesso em: 20 jun. 2020.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela**: El llamado "Estado de cosas inconstitucional" Estudios Constitucionales, v. 1, n. 1, 2003. p. 203-228.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em: 09 mai. 2020.

VIEIRA, J. R.; BEZERRA, R.. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentença T025 e a ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 203-223.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 369-422.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 719 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulos: Martins Fontes, 2003.

WESSON, Murray. Grootboom and Reassessing: Beyond the Socioeconomic Jurisprudence of the South African Constitutional Court. **South African Journal On Human Rights**, [s.l.], v. 20, n. 2, p. 284-308, jan. 2004.

WILSON, Stuart. Litigating Housing Rights in Johannesburg's Inner City: 2004 — 2008. **South African Journal On Human Rights**, [s.l.], v. 27, n. 1, p.127-151, jan. 2011.

WILSON, Stuart; DUGARD, Jackie. Constitutional Jurisprudence. **Socio-economic Rights In South Africa**, [s.l.], p. 35-62, 2011. Cambridge University Press.



O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites

The unconstitutional state of affairs and the significant commitment as instruments of the dialogical Constitutionalism in Brazil: virtues and limits

JULIANA MARIA BORGES MAMEDE^{1,*}

¹ Universidade de Fortaleza (Fortaleza, Ceará, Brasil)
julianamamede@unifor.br
<https://orcid.org/0000-0002-9234-1157>

HELIO DAS CHAGAS LEITÃO NETO^{1,}**

¹ Universidade de Fortaleza (Fortaleza, Ceará, Brasil)
helioleitao@hlpadvogados.com.br
<https://orcid.org/0000-0003-4378-467X>

FRANCISCO LUCIANO LIMA RODRIGUES^{1,II,*}**

¹ Universidade de Fortaleza (Fortaleza, Ceará, Brasil)
^{II} Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, Ceará, Brasil)
lucianolima@unifor.br
<https://orcid.org/0000-0003-3409-970X>

Recebido/Received: 17.04.2020 / April 17th, 2020

Aprovado/Approved: 08.03.2021 / March 8th, 2021

Como citar esse artigo/How to cite this article: MAMEDE, Juliana Maria Borges; LEITÃO NETO, Helio das Chagas; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 807-835, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.72953.

* Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil), vinculada ao Centro de Ciências Jurídicas. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. E-mail: julianamamede@unifor.br.

** Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (Fortaleza-CE, Brasil). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professor do Curso de Direito da Universidade Sete de Setembro. Advogado. Atualmente é Conselheiro Federal da OAB/CE. Foi Secretário de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará no período de 2015-2017. Presidente da OAB/CE nos períodos 2004-2006 e 2007-2009. E-mail: helioleitao@hlpadvogados.com.br.

*** Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza-CE, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: lucianolima@unifor.br.

Resumo

A inquestionável precariedade do sistema penitenciário brasileiro, discutida na ADPF 347/2015, levou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar, a declarar o estado de coisas inconstitucional, inaugurando-se, assim, um debate de relevo perante a referida Corte, que impõe a discussão, a reflexão e, possivelmente, a revisão de conceitos e teorias já arraigados, como a questão da separação de poderes e da legitimidade democrática do Poder Judiciário, especialmente no tocante à concepção, implementação e monitoramento de políticas públicas, o que refrata, diretamente, na relação da judicial review ante o sistema democrático. Considerando a envergadura do debate e das alternativas propostas para a resolução de problemas estruturais, é que se desenvolveu o presente estudo com o propósito de analisar a viabilidade da prática do constitucionalismo dialógico e a celebração do compromisso significativo, uma vez reconhecido o estado de coisas inconstitucional. Nessa linha, coloca-se a necessidade de construção de um debate aberto entre as instâncias eletivas com a Suprema Corte como forma de se buscar a construção de consensos capazes de superar desafios comuns, com respeito à ordem constitucional. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfico-documental, revelando-se esta como uma pesquisa pura, qualitativa e exploratória.

Palavras-chave: estado de coisas inconstitucional; constitucionalismo dialógico; compromisso significativo; separação de poderes; democracia.

Abstract

The unquestionable precariousness of the Brazilian penitentiary system, discussed in ADPF 347/2015, led the Federal Supreme Court, in the judgment of the injunction, to declare the unconstitutional state of affairs, thus inaugurating a relevant discuss in the Court, which calls for discussion, reflection and, possibly, a review of concepts and theories already established, such as the question of the powers separation and the democratic legitimacy of the Judiciary, especially with regard to the conception, implementation and monitoring of public policies which refracts, directly, in the relation of judicial review on the democratic system. Considering the scope of the debate and the alternatives proposed for the resolution of structural problems is developed the present study, with the purpose of verifying the feasibility of the practice of dialogical constitutionalism and the celebration of the meaningful engagement, once recognized the unconstitutional state of affairs. In this sense, it is necessary to build an open debate between the elective bodies and the Supreme Court, as a way to the construction of consensus able to overcome common challenges, related to the constitutional order. For this purpose, a bibliographic-documentary research was conducted, revealing itself as a pure, qualitative and exploratory research.

Keywords: unconstitutional state of affairs; dialogical constitutionalism; meaningful engagement; separation of powers; democracy.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** O estado de coisas inconstitucional na Colômbia; **2.1.** O estado de coisas inconstitucional colombiano: contexto fático, pressupostos e desenvolvimento; **2.2.** Críticas ao estado de coisas inconstitucional colombiano; **3.** O estado de coisas inconstitucional no Brasil; **3.1.** O estado de coisas inconstitucional no Brasil: contexto fático e pressupostos verificáveis na crise penitenciária brasileira; **3.2.** Uma análise da pertinência das críticas ao estado de coisas inconstitucional colombiano em face do estado de coisas inconstitucional brasileiro; **4.** O constitucionalismo dialógico e os horizontes de uma reconfiguração da experiência brasileira do estado de coisas inconstitucional; **4.1.** Constitucionalismo Dialógico e Jurisdição Constitucional Dialógica; **4.2.** O compromisso significativo Sul-Africano e a proposta de sua recepção no Brasil: uma convergência ante o ECI brasileiro?; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

A precariedade do sistema penitenciário brasileiro, noticiada cotidianamente pelos mais diversos canais de informação nacional e internacional, dada a sua complexidade e alcance, após levada à apreciação do Poder Judiciário em demandas de

natureza subjetiva, chegou ao Supremo Tribunal Federal através da ADPF 347/2015¹, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Com fundamento em documentos oficiais, nos quais restou reconhecida e comprovada a violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, o descaso das instâncias eletivas para com a questão penitenciária, bem como inspirada no construto da Corte Constitucional Colombiana, a qual delineou os contornos básicos e pressupostos necessários à configuração daquilo que viria a ser denominado de "estado de coisas inconstitucional", a ADPF 347/2015 inaugurou um debate de relevo perante o Supremo Tribunal Federal que impõe a discussão, a reflexão e, possivelmente, a revisão de conceitos e teorias já arraigados, como a questão da separação de poderes e da legitimidade democrática do Poder Judiciário, especialmente no tocante à concepção, implementação e monitoramento de políticas públicas, o que refrata na relação da *judicial review* ante o sistema democrático.

Assim, declarado o estado de coisas inconstitucional no julgamento da cautelar da ADPF 347/2015 e considerando ser a aludida decisão incipiente e, talvez por isso, desprovida de uma maior técnica e apuro, bem como em virtude de anuir-se com a importância da questão em virtude de seus reflexos sociais e do malferimento a preceitos constitucionais fundamentais, perscrutou-se alternativas viáveis (neste momento, ainda em um plano teórico) à superação da crise estrutural do sistema penitenciário brasileiro a partir do relato de experiências exógenas, notadamente da Colômbia e da África do Sul, pretendendo-se, pois, apresentar uma reflexão acerca da possibilidade de um constitucionalismo dialógico uma vez declarado o estado de coisas inconstitucional e celebrado o compromisso significativo.

Essas práticas refletem uma releitura sobre o papel da jurisdição constitucional diante de temas de elevada complexidade e que interferem na relação da *judicial review* ante o sistema democrático. Nessa linha, coloca-se a necessidade de construção de um debate aberto entre as instâncias eletivas com a Suprema Corte como forma de se buscar a construção de consensos capazes de superar desafios comuns, com respeito à ordem constitucional.

Para tanto, utilizou-se de uma pesquisa do tipo bibliográfica e documental. Em relação à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, pois visa ampliar o conhecimento sobre o tema, ao passo que, quanto à abordagem, mostra-se qualitativa, uma vez que apresentará um estudo sobre fenômeno específico. Relativamente aos objetivos, trata-se de pesquisa exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão.

O presente artigo divide-se em três seções: na primeira seção objetiva-se, a partir de uma reflexão acerca de decisões da Corte Constitucional Colombiana que

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 28 abr. 2018.

declararam o estado de coisas inconstitucional, apresentar o contexto fático que permitiu o reconhecimento do estado de graves, massivas e sistemáticas violações a direitos fundamentais, o que levou a Corte a reconhecer a existência de litígios estruturais a ensejarem a determinação de medidas necessárias à reconfiguração da realidade no sentido de ajustá-la aos ditames constitucionais.

Ato contínuo, passa-se a perquirir acerca de como se deu a recepção da aludida técnica decisória, bem como se a mesma se adéqua ao contexto fático existente no Brasil. Ademais, pretende-se verificar se o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional se apresentaria como efetivo instrumento de superação da crise do sistema penitenciário nacional.

Por fim, abordar-se-á o marco teórico proposto como uma revisão do sistema *forte* de controle de constitucionalidade a partir da reavaliação do sistema de freios e contrapesos, nos limites do chamado constitucionalismo dialógico, conducente a uma jurisdição constitucional *fraca* ante os poderes eletivos, como forma de se privilegiar o princípio democrático. Em seguida, analisar-se-á a pertinência do estado de coisas inconstitucional e do compromisso significativo (*meaningful engagement*) para tal finalidade, com especial foco para o uso brasileiro do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347/2015.

2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA COLÔMBIA

Na presente seção objetiva-se, a partir de uma reflexão acerca de decisões da Corte Constitucional Colombiana que declararam o estado de coisas inconstitucional, apresentar o contexto fático que permitiu o reconhecimento do estado de graves, massivas e sistemáticas violações a direitos fundamentais, o que levou a Corte a reconhecer a existência de litígios estruturais a ensejarem a determinação de medidas necessárias à reconfiguração de uma dada ordem social no sentido de ajustá-la aos ditames constitucionais.

2.1. O estado de coisas inconstitucional colombiano: contexto fático, pressupostos e desenvolvimento

As decisões da Corte Constitucional Colombiana, prolatadas na Sentencia de Unificación (SU) – 559, de 1997 (Caso dos Docentes Municipais), na Sentencia de Tutela (ST) – 153, de 1998 (Caso do Sistema Carcerário Colombiano – ver ainda Sentencias de Tutela (ST) – 388, de 2013 e 762, de 2015, sobre a permanência da situação) e na Sentencia (ST) – 025, de 2004 (Caso do “deslocamento forçado”, com a retenção de jurisdição pela Corte para a garantia da implementação total de suas ordens), apresentam-se como *leading cases* não apenas da afirmação, mas também das transformações por que passou o instituto do estado de coisas inconstitucional.

Assim, partindo-se da necessidade de atuação dos poderes estatais para a reificação do quadro de violações, a Corte Constitucional Colombiana, na SU – 559, de 1997, declarou, pela primeira vez, o estado de coisas inconstitucional. No caso ora reportado, pôs-se em discussão o direito de professores municipais beneficiarem-se de coberturas de saúde e de seguridade social, uma vez que efetivamente vinham contribuindo, obrigatoriamente, com 5% dos seus subsídios para o *Fundo de Prestación Social*, apresentando-se, como contra-argumento ao direito pleiteado pelos professores, a alegativa das autoridades locais de escassez de recursos orçamentários.

A Corte Constitucional Colombiana, ao apreciar o caso, não se deteve em uma análise dos direitos subjetivos dos professores, indo além, na medida em que reconheceu falhas estruturais e concedeu medidas que visavam à tutela dos direitos fundamentais em sua acepção objetiva². Para tanto, iniciou por notificar as autoridades públicas acerca de uma situação de patente violação à Constituição, sem, contudo, aceitar imiscuir-se diretamente na problemática financeiro-orçamentária trazida, o que se pode evidenciar com o estabelecimento de um *prazo razoável* (verdadeiro conceito jurídico indeterminado) para que as autoridades públicas competentes sanassem as violações, não se estabelecendo qualquer obrigatoriedade aos órgãos de controle para acompanharem a decisão judicial. Observa Campos³ que, “além de sanar problema estrutural que promovia violação massiva de direitos fundamentais, a Corte também agiu em estratégia de defesa de seu prestígio social contra possível enfraquecimento de sua capacidade e qualidade de julgamento decorrente de acúmulo de processos”.

Por sua vez, na ST – 153, de 1998, a Corte se debruçou sobre o quadro de superlotação das penitenciárias colombianas, assim como sobre a violação a direitos fundamentais daí decorrente, tendo reconhecido as unidades prisionais da Colômbia como ambientes inóspitos e incapazes, portanto, de promoverem a ressocialização dos presos.

Observe-se que nessa decisão a Corte declarou que os males que acometem o sistema penitenciário colombiano requerem o esforço coordenado de distintos ramos e órgãos do Poder Público, tendo reconhecido, ainda, que a matéria estava completamente alheia à agenda política, razão pela qual a Corte Constitucional Colombiana entendeu que o juiz constitucional estaria “obrigado a assumir o clamor das minorias esquecidas, isto é, daqueles grupos que dificilmente têm acesso aos organismos políticos”⁴, viabilizando, assim, a tutela dos direitos fundamentais em uma acepção objetiva.

² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 121.

³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 125.

⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 131.

Inobstante o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na ST – 153, de 1998, que serviu de marco para a produção de uma reestruturação administrativa e de políticas públicas, bem como para a designação de um acompanhamento específico por parte de instituições de controle do Executivo⁵, há registros de que a pretendida eficácia da decisão não foi alcançada em sua integralidade⁶, voltando a Corte Constitucional Colombiana a reconhecer que o sistema penitenciário colombiano se apresentava contrário à ordem constitucional, com inegável violação de direitos fundamentais, na ST – 388, de 2013, e na ST – 762, de 2015, razão pela qual, nesta última decisão, a Corte entendeu que políticas públicas mais efetivas deveriam ser formuladas, primando por um foco maior no controle de sua execução.

Em outra situação, na ST – 025, de 2004, que teve por objeto o caso do deslocamento interno forçado em virtude da violência que assolava a Colômbia, tem-se aquela decisão que é considerada como a de maior relevância em razão dos avanços obtidos⁷. Na hipótese vertente, reconhecida a grave ofensa a direitos fundamentais dos deslocados, bem como atentando-se às experiências passadas, especialmente ante as dificuldades de sua concretização, como, por exemplo, na ST – 153, acima referida, a Corte reteve jurisdição a fim de monitorar e garantir o cumprimento das decisões em sua integralidade, observando-se, outrossim, a demanda de um maior acompanhamento e supervisão das decisões.

Nesse processo de monitoramento não se pode olvidar a importância do processo de acompanhamento da eficácia da decisão do estado de coisas inconstitucional por meio das *decisões de sequência* (também conhecidas por *autos*), as quais viabilizam observar a necessidade de informações e ações concretas de atores específicos nas decisões estruturais, permitindo-se, com isso, uma maior adequação e efetividade de tais decisões face a complexidade e dinamicidade das questões nela versadas, uma vez que as intervenções judiciais estruturais importam em readequações orçamentárias e tendentes a *modificar instituições governamentais em mau funcionamento*⁸. Ressalta-se, por fim, na ST – 025, de 2004, a postura da Corte ao reconhecer a necessidade de romper

⁵ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, ano 1, n. 1, p. 203-228, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>. Acesso em: 02 mar. 2019. p. 217-221.

⁶ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, ano 1, n. 1, p. 203-228, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>. Acesso em: 02 mar. 2019. p. 220 e 221.

⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 142.

⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 152-153 e 188.

a inércia das autoridades públicas sem invadir, contudo, a esfera de competência das demais instâncias⁹.

Percebe-se, assim, um aprimoramento no trato da questão pela Corte Constitucional Colombiana, vislumbrando-se o manejo de ordens peremptórias a serem executadas: (i) *pelas autoridades públicas*, com a elaboração de políticas públicas e ajustes na estrutura administrativo-orçamentária; e, (ii) *pelos órgãos de controle*, competindo a estes o acompanhamento da execução das medidas. Destaca-se que na situação vertente, a Corte, mesmo identificando a origem das falhas estruturais, não interveio na formulação do conteúdo das políticas públicas, tendo incumbido às instâncias governamentais o dever de concebê-las e executá-las.

Neste sentido, é que se tomando como paradigmas a Sentença de Unificação (SU) – 559, de 1997, a Sentença de Tutela (ST) – 153, de 1998 e, por fim, a Sentença de Tutela (ST) – 025, de 2004, ficou patente a necessidade de atuação da Corte Constitucional quando diante de um quadro que reúna os seguintes pressupostos, tal como esboçado, em definitivo, na ST – 025/04: (i) *la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas*; (ii) *la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos*; (iii) *la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado*; (iv) *la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos*; (v) *la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante*; (vi) *si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial*¹⁰.

Conforme acima exposto, é de se ver que muito embora a ST – 025 tenha mencionado a existência de seis requisitos para a declaração do estado de coisas inconstitucional, entende-se, conforme exposto por Campos¹¹, que eles podem ser melhor sistematizados em quatro, quais sejam: (i) um quadro de violação grave, massiva e sistemática de direitos fundamentais que alcança um número alto e indeterminado de pessoas; (ii) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas na tutela dos direitos fundamentais, que pode se manifestar nas omissões legislativas, na falta de

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 149.

¹⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. **Sentencia T-025/2004**. Disponível em: <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>. Acesso em: 08 jun. 2019.

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 180-187.

priorização política do enfrentamento de circunstâncias de relevo para tal estado, em políticas públicas inexistentes ou ineficazes ou mesmo na ausência de coordenação eficaz de ações tendentes a eliminar o quadro de violação dos referidos direitos; (iii) a necessidade de atuação conjunta e coordenada de órgãos e entidades públicas para a superação do quadro de inconstitucionalidades; e, (iv) o provável congestionamento judicial provocado pelo ajuizamento isolado de ações tendentes à preservação dos direitos fundamentais violados individualmente considerados.

De todo o exposto, observa-se que nas ações de tutela que se sucederam, a Corte Constitucional Colombiana vem acumulando experiências e avaliando a eficácia de sua postura, razão pela qual identificam-se decisões que se vão construindo em sentido crescente rumo a uma maior compreensão daquilo que se denomina de *litígios estruturais*, os quais, em razão da sua natureza e características, exigem instrumentos de tutela próprios a ensejarem remédios estruturais a permitir uma maior concretização da acepção objetiva dos direitos fundamentais, com a consequente ampliação da eficácia das medidas de implementação das decisões e, ao mesmo tempo, obtendo-se uma percepção mais acurada dos limites existentes.

2.2. Críticas ao estado de coisas inconstitucional colombiano

Analisando-se as decisões anteriormente referidas, observa-se que a Corte Constitucional Colombiana inaugura uma forma de atuação que lhe autoriza a se imiscuir em questões de competência das instâncias eletivas de poder para, por fim, revelar uma clara interferência em espaços de decisão próprios do Executivo e do Legislativo, especialmente no tocante à necessidade de elaboração e efetivação de políticas públicas, o que revela uma nítida postura ativista, passando a protagonizar papéis políticos, definindo e redefinindo prioridades orçamentárias, agendas políticas, supervisionando e/ou direcionando a atuação das demais esferas de poder. Enfim, a Corte passou a se reconhecer como um dos principais instrumentos de transformação social, avançando, assim, um tanto mais sobre a função das demais instâncias de poder.

Para determinado segmento doutrinário, tal atuação enseja críticas de ordem democrática e de violação à teoria da separação de poderes na medida em que um órgão sem maior legitimidade democrática se sobrepõe às demais instâncias de poder sem perseverar no sentido de se abster de interferir em tais questões, deixando que as instâncias eletivas se articulem com vistas à superação do quadro de inconstitucionalidades ou mesmo que demandem ou aceitem uma atuação jurisdicional dialógica, o que seria mais condizente com estados democráticos que privilegiam a separação de poderes.

Este *déficit democrático* da jurisdição constitucional se expressa pela ausência de um processo político que permita a participação em igualdade de condições de

defensores e opositores das decisões políticas, deixando-se ao cargo de instâncias sem a correspondente *responsabilidade eletiva* a definição da controvérsia¹². O peso desses óbices quanto à legitimidade democrática da jurisdição constitucional e seu possível equacionamento serão tratados adiante com mais vagar.

Ocorre, contudo, que, diante de uma paralisação das instâncias eletivas de poder, não poderia a Corte Constitucional Colombiana assumir outra postura senão a de intervir em prol da tutela dos direitos fundamentais; entretanto, os resultados foram contestáveis, de início.

De fato, ao reconhecer que as críticas quanto ao *déficit democrático* da jurisdição constitucional e à falta de condições institucionais para o desenho e a implementação de políticas públicas – ou, mesmo, para assegurar a eficácia de suas decisões, dada a dependência de outras instituições governamentais – possuem alguma pertinência, Iturralde¹³ não deixa de observar que a ineficácia das primeiras decisões sobre o estado de coisas inconstitucional deveu-se ao desígnio da Corte de tentar a solução de casos estruturais a partir da adoção do estado de coisas inconstitucional, o que levou a edição de ordens ambiciosas, muito detalhistas e demasiado audazes em certos casos, vindo a superar as possibilidades do Executivo e do Legislativo. O resultado desse *ativismo expansivo*, com fulcro na transformação social, findou por deslegitimar a decisão gerando resistência por parte dos demais poderes e esferas decisórias.

Por outro lado, a ST – 153 não deixou de sofrer críticas pelo que representou em termos eficaciais, de logo, para a situação da massiva violação de direitos fundamentais na Colômbia. Assim, observa-se que o recorte do caso, tal como deduzido ante a Corte Constitucional e seu posterior trato nesses termos, viabiliza uma *leitura transmutadora*, o que poderia ser suficiente para que se esvazie a almejada eficácia do instituto ali delineado¹⁴.

Nesse sentido, três traços são marcantes para a construção do caso tal como veio a julgamento, interferindo sobre os resultados da decisão. Em breve repasse, observa-se que tal *leitura transmutadora* decorre: (i) da escolha da *dimensão institucional* (estrutural/objetiva) *sobre a dimensão humana* (individual/subjetiva), o que deixa de lado o aspecto humano e próximo em favor de uma leitura institucionalizada e impessoal, colocando-se o destaque sobre a *estrutura* antes da *pessoa* e seu sofrimento, de modo a

¹² WALDRON, Jeremy. Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política. *Dikaion*, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018. p. 16-17 e 22.

¹³ ITURRALDE, Manuel. Acceso a la justicia constitucional en Colombia: oportunidades y retos para la transformación social y política. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 443-493. p. 489-491.

¹⁴ ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 169-204. p. 191.

tornar tolerável, como um dado simples da realidade, o que não seria aceitável¹⁵; (ii) da *ausência de uma autocrítica das políticas jurisdicionais até então adotadas* (por exemplo, no superencarceramento) *para que se faça aceitável a dimensão temporal que se demanda para o enfrentamento das condições motivadoras do estado de coisas inconstitucional*, com a consequente exigência de que as pessoas encarceradas suportem a carga de condições de vida sub-humanas até que se reforme o sistema, passando ao largo das implicações sobre a exigibilidade imediata dos direitos fundamentais das pessoas presas¹⁶; e, (iii) da escolha dos *remédios estruturais* a serem adotados, pois se acredita que, uma vez que se modernizem as prisões, melhorem seus aparatos administrativos, garanta-se uma boa gestão, amplie-se sua capacidade de ação e sua segurança, ter-se-ia, necessariamente, o respeito das pessoas presas¹⁷, o que, de fato, não se verifica como um efeito causal, consoante se perceberia na ST – 388, de 2013, e na ST – 762, de 2015.

A crítica de Ariza¹⁸ assinala o efeito simbólico da decisão no estabelecimento de um *dever estoíco de aceitação*, por parte das pessoas presas, de suportar as condições de reclusão que a mesma Corte considera infra-humanas, até que se retifiquem tais condições, o que parece comprometer a decisão quanto a eficácia da tutela dos direitos fundamentais.

Por trás desse sentido simbólico, destacam-se duas premissas políticas do *penalismo neoliberal* que parecem orientar a decisão, quais sejam: (i) *a consideração do delito como pura manifestação do livre-arbítrio*, sem maior relação com o contexto social e econômico em que vive o indivíduo, a exigir do infrator que aceite seu erro e assuma o ônus degradante de sua retificação, “bajo condiciones inhumanas de reclusión mientras se alcanza el estado de cosas imaginado por los jueces”; e, (ii) *a concepção da pena como meio de neutralização de ameaças*¹⁹.

¹⁵ ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitucionalismo del Sur Global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 169-204. p. 193-194.

¹⁶ ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitucionalismo del Sur Global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 169-204. p. 194-195.

¹⁷ ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitucionalismo del Sur Global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 169-204. p. 195-196.

¹⁸ ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitucionalismo del Sur Global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 169-204. p. 196.

¹⁹ ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitucionalismo del Sur Global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 169-204. p. 196.

De fato, após analisar as medidas implementadas a partir da decisão na ST – 153, Ariza²⁰ constata que se verifica um forte impacto estrutural no sistema carcerário sem que se tenha traduzido no gozo efetivo de direitos para as pessoas presas, em razão da forma como se construiu o recorte do caso. Na verdade, assinala o autor, a situação resultou agravada e todo o ônus da reforma estrutural recaiu sobre uma população penitenciária submetida, cotidianamente, a violação de seus direitos fundamentais.

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

Partindo-se das considerações acima, passa-se a perquirir acerca de como ocorreu a recepção da aludida técnica decisória, bem como se a mesma se adéqua ao contexto fático existente no Brasil. Ademais, pretende-se verificar se o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional se apresentaria como efetivo instrumento de superação da crise do sistema penitenciário nacional.

3.1. O estado de coisas inconstitucional no Brasil: contexto fático e pressupostos verificáveis na crise penitenciária brasileira

A recepção do estado de coisas inconstitucional no Brasil se deu através da ADPF nº 347, na qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pugna pela declaração do estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema carcerário brasileiro, vislumbrando possível alternativa à superlotação do sistema penitenciário e à superação das condições sub-humanas que são impostas aos detentos, acarretando graves violações aos direitos fundamentais, especialmente à dignidade da pessoa humana, como se passa a analisar.

Consoante o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016²¹, a população prisional no Brasil atingiu a marca de 726.712 pessoas, ocasionando um *déficit* de 358.663 vagas no sistema. Ao atingir essa marca, o Brasil passou a ter a terceira maior população carcerária do mundo²², observando-se, no período de 1990 a 2016, um crescimento de 707% da população prisional. Ressalta-se, ainda, que 40% das pessoas presas no Brasil, em junho de 2016, eram presos provisórios, não havendo sido submetidas a julgamentos e, conseqüentemente, condenadas.

²⁰ ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitucionalismo del Sur Global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 169-204. p. 200-201.

²¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização - Junho 2016**. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycg68vox>. Acesso em: 28 abr. 2018.

²² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Agência Brasil. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo**. Disponível em: <https://tinyurl.com/y89ro2v2>. Acesso em: 28 abr. 2018.

O Conselho Nacional de Justiça, em julho do ano corrente, divulgou relatório que contabiliza mais de 800 mil presos, dos quais quase 50% não têm condenação²³. Destaca-se que do aludido levantamento estão excluídos os presos com tornozeleira eletrônica e os que estão em regime aberto domiciliar. À superlotação do sistema penitenciário somam-se as condições estruturais das unidades prisionais brasileiras que, nem mesmo remotamente, atendem à função ressocializadora da pena, dado o tratamento degradante a que são submetidos os presos, em nítida ofensa aos preceitos fundamentais constitucionais.

O expressivo número de pessoas encarceradas, desprovidas de educação, trabalho, alimentação e ambiente hígido, submetidas constantemente a maus tratos e torturas²⁴ historicamente favoreceram e ainda permanecem a catalisar rebeliões no interior do sistema penitenciário, fazendo crescer o sentimento de insegurança dentro das unidades prisionais, o que, em larga medida, passou a contribuir para o surgimento e para a expansão das facções criminosas, agravando a situação dentro dos mencionados estabelecimentos restritivos de liberdade.

A prisão se transforma normalmente em estado de encarceramento sem intervenção da magistratura. Se pode permanecer por tempo ilimitado em espera de julgamento. Se pode permanecer no cárcere também depois que são expirados os termos de custódia cautelar. Se pode permanecer no cárcere sem que o juiz da execução da pena efetue nenhuma averiguação e nenhum controle. Se pode ser recluso em um cárcere no qual a polícia penitenciária não efetua controle sobre o deslocamento de prisioneiros. Se pode ser enviado para um cárcere no qual uma parte é ocupada por membros da organização a que pertence o prisioneiro e uma outra ocupada pela associação criminosa rival. Se pode fazer de modo que algumas zonas internas do cárcere sejam impenetráveis. Se pode fazer de modo que uma banda ocupe o espaço da outra e exija a sua vingança. Pode acontecer que por dias inteiros a polícia não entre no cárcere onde acontece uma guerra entre facções²⁵.

Apenas a título ilustrativo, pontua-se que as facções criminosas Comando Vermelho e Primeiro Comando da Capital tiveram o seu berço no interior do sistema penitenciário, respectivamente, no Complexo Penitenciário Frei Caneca (Presídio da Ilha

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA. Acesso em: 12 set. 2019.

²⁴ Veja-se o Relatório de Missão ao Estado do Ceará elaborado pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

²⁵ DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: Reflexões sobre o estado de ilegalidade difusa. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 408-453, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n1/2179-8966-rdp-9-1-480.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019. p. 497.

Grande - Angra dos Reis - RJ), nos fins da década de 1970 e início da década de 1980²⁶ e na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté/SP, em 31 de agosto de 1993²⁷, contestando o tratamento degradante dispensado aos presos, bem como exigindo melhores condições para as unidades prisionais.

Nesse cenário, observa-se a pertinência da observação de Castoriadis²⁸, segundo a qual o conjunto de condições de privação e opressão, resultante de uma estrutura solidificada, global, material e institucional, de economia, de poder e de ideologia, como indução, mistificação, manipulação e violência desafiam e tolhem a autonomia individual, com a consequente alienação do sujeito ante valores que deveriam ser superiores, mas que findam excluídos de sua realidade.

Diante das falhas estruturais apresentadas pelo sistema penitenciário é que o PSOL – com fundamento na Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), que teve por objeto o sistema prisional brasileiro, e no Parecer da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Clínica UERJ Direitos) – ajuizou a ADPF nº 347/2015, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu serem as unidades prisionais brasileiras ambientes inóspitos e degradantes, que acarretam uma massiva e sistemática violação dos direitos fundamentais, razão pela qual a Corte, ao julgar a medida cautelar da referida ação, declarou, pela primeira vez, o estado de coisas inconstitucional no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal inspirou-se na Corte Constitucional Colombiana para definir os pressupostos necessários à declaração do estado de coisas inconstitucional, sendo eles: (i) *um quadro de violação grave, massiva e sistemática de direitos fundamentais que alcança um número alto e indeterminado de pessoas*; (ii) *a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas na tutela dos direitos fundamentais, que pode manifestar-se nas omissões legislativas, na falta de priorização política do enfrentamento de circunstâncias de relevo para tal estado, em políticas públicas inexistentes ou ineficazes ou mesmo na ausência de coordenação eficaz de ações tendentes a eliminar o quadro de violação dos referidos direitos*; (iii) *a necessidade de atuação conjunta e coordenada de órgãos e entidades públicas para a superação do quadro de inconstitucionalidades*; e, (iv) *o provável congestionamento judicial provocado pelo ajuizamento isolado de ações tendentes à preservação dos direitos fundamentais violados individualmente considerados*.

A verificação do primeiro pressuposto, violação grave, massiva e sistemática de direitos fundamentais da população encarcerada, se faz a partir da constatação das

²⁶ AMORIM, Carlos. **Comando Vermelho**: a história do crime organizado. Rio de Janeiro: BestBolso, 2011, p. 94.

²⁷ CHRISTINO, Marcio Sergio; TOGNOLLI, Claudio. **Laços de Sangue**: a história secreta do PCC. São Paulo: Matrix, 2017, p. 69.

²⁸ CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Trad. Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 131.

condições estruturais do sistema penitenciário que viola o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento ético de todos os direitos fundamentais, ao submeter os detentos a torturas e a tratamentos cruéis e degradantes, conforme restou demonstrado em farta documentação acostada à ADPF 347/2015.

Já quanto ao segundo pressuposto, condizente à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas na tutela dos direitos fundamentais, que pode se manifestar, dentre tantas outras formas, em políticas públicas inexistentes ou ineficazes, ou mesmo na ausência de coordenação eficaz de ações tendentes a eliminar o quadro de violação dos referidos direitos, bem como na verificação do quantitativo de prisões provisórias decretadas e no excesso de prazo no cumprimento da pena, resta evidenciado a partir da verificação de que a referida temática não é priorizada na agenda política.

A realidade do sistema prisional leva a crer, pois, em um descaso das instâncias primariamente competentes para a concepção e implementação de políticas públicas no sentido de solver ou mesmo minimizar a precariedade do sistema penitenciário nacional; ao invés, privilegia-se o encarceramento como uma medida factível e eficaz de manutenção da segurança pública, bem ao gosto do *penalismo neoliberal* mencionado acima. No entanto, os números refutam toda e qualquer tentativa de camuflar a atual situação da segurança pública e do sistema penitenciário brasileiro, uma vez que tal medida, embora de uso crescente, por si só é inócua, já que não se observa uma redução dos índices de criminalidade e, conseqüentemente, de detenções, o que termina por agravar a crise do sistema penitenciário, ressaltando a inoperância das instituições estatais e a gestão precária do referido sistema.

No tocante ao terceiro pressuposto, qual seja, a necessidade de atuação conjunta e coordenada de órgãos e entidades públicas para a superação do quadro de inconstitucionalidades, este se evidencia a partir da constatação da complexidade da questão que requer esforços conjuntos e articulados por parte dos órgãos e poderes públicos, assim como da falta de fóruns interinstitucionais articulados de forma eficaz.

Por fim, o quarto pressuposto, referente ao provável congestionamento judicial provocado pelo ajuizamento isolado de ações tendentes à preservação dos direitos fundamentais violados, mostra-se por demais factível, considerando-se o número de pessoas encarceradas submetidas a condições degradantes, muito embora tais questões só consigam ser apreciadas pelo STF através do controle difuso de constitucionalidade, já que o modelo de jurisdição constitucional adotado no Brasil não reconhece legitimidade aos indivíduos para que recorram diretamente ao referido órgão jurisdicional.

É de se ver, pois, que no modelo de jurisdição constitucional adotado pelo Brasil, a ação de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, §1º da

Constituição Federal²⁹ e regulamentada pela Lei nº 9.882/99³⁰, revela-se como o instrumento mais adequado quando a pretensão for evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Ademais, em seu art. 10, a referida lei autoriza ao Tribunal a fixação *das condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental*, de modo a garantir sua maior efetividade, razão pela qual se reconhece a plena possibilidade de declarar-se o estado de coisas inconstitucional em sede de ADPF.

Neste sentido é que o Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2015³¹, em seu art. 2º, estabelece que poderá o STF reconhecer o estado de coisas inconstitucional, atendidos, cumulativamente, os pressupostos que se seguem:

I – Constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurado da dignidade humana;

II – Falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação;

III – Previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização.

Vale registrar, ainda que de passagem, que o referido projeto de lei estabelece e disciplina o compromisso significativo, além de defini-lo como o “constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentam celebrar acordo para a formulação e implementação de programas socioeconômicos que visem a afastar a violação ao preceito fundamental detectada” (art. 2º do Projeto de Lei do Senado, nº 736, de 2015³²), no intuito de se firmar as alternativas em face de conflitos estruturais.

Analisados os pressupostos para a declaração do estado de coisas inconstitucional, percebe-se sua pertinência ante a realidade carcerária brasileira, bem como sua adequação processual ao rito da ADPF, ainda que caibam aprimoramentos legislativos.

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 maio 2019.

³⁰ BRASIL. Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 25 maio 2019.

³¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, nº 736, de 2015**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em: 25 maio 2019.

³² BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, nº 736, de 2015**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em: 25 maio 2019. *online*.

Vê-se, ademais, que o estado de coisas inconstitucional, enquanto técnica decisória apta a promover mudanças estruturais, ou seja, a implementar modificações nas estruturas governamentais em mau funcionamento, pode se apresentar, pelo menos em abstrato, como um instrumento capaz de promover mudanças e ajustes no sistema penitenciário brasileiro, na medida em que se reconhece ao STF o dever de tutelar a ordem objetiva dos direitos fundamentais.

3.2. Uma análise da pertinência das críticas ao estado de coisas inconstitucional colombiano em face do estado de coisas inconstitucional brasileiro

Convém, contudo, ter em mente ser necessário identificar a exata medida de atuação do STF a fim de que decisões que declarem o estado de coisas inconstitucional sejam efetivas sem usurpar a competência das instâncias eletivas de poder, sob pena de afrontar os princípios democráticos e da separação de poderes, tampouco proferindo decisões ineficazes, que nenhum impacto tenham no contexto fático sobre o qual se pretende interferir e modificar, sob pena de se cair no descrédito.

A temática da crítica sobre a legitimidade da jurisdição constitucional será analisada em item próprio, abaixo, ao se perscrutar as possibilidades de um constitucionalismo dialógico. Entretanto, de logo pode-se examinar se a interferência do STF no caso de referência, até o presente momento, mostrou-se de alguma forma *exagerada* ou compatível com o *ativismo expansivo* que se aponta como tendo tido lugar nas primeiras decisões da Corte colombiana.

No caso da ADPF 347/2015, quando do julgamento da cautelar, verificou-se uma tímida atuação do STF, pois, muito embora se tenha reconhecido uma flagrante ofensa a direitos fundamentais no interior das unidades prisionais brasileiras, limitou-se a determinar a realização de mutirões carcerários (que já vinham ocorrendo), de audiências de custódia – já previstas nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos firmados pelo Estado Brasileiro –, bem como impôs o descontingenciamento das verbas destinadas ao Fundo Penitenciário.

Perceba-se que as duas primeiras decisões têm por destinatário o próprio Poder Judiciário, e que a última, inobstante ser direcionada ao Poder Executivo, não impôs a este a obrigatoriedade de apresentar qualquer planejamento para a aplicação das verbas descontingenciadas, o que rechaça qualquer tipo de alegação tendente a afirmar que no caso concreto da ADPF 347/2015, até o presente momento, tenha se verificado ofensa ao princípio democrático ou mesmo à separação de poderes.

Inobstante se tenha o entendimento de que a decisão do STF no julgamento da cautelar da ADPF 347/2015 não tenha extrapolado a sua esfera de competência, são cabíveis as seguintes reflexões: *poderia um órgão jurisdicional – ainda que o STF – que*

exerce um papel contramajoritário, desprovido de representatividade popular, imiscuir-se em pautas relativas à coordenação e supervisão de políticas públicas? De outro lado, pondera-se: quem melhor teria condições de conduzir todo esse processo tendente à superação do estado de coisas inconstitucional relativo ao sistema penitenciário brasileiro? Órgãos eletivos e, portanto, dotados de representatividade, mas a privilegiar os custos políticos de suas decisões ou um órgão irresponsável perante o eleitorado, ao qual foi reservada a competência constitucional para a tutela dos direitos fundamentais? Campos³³ registra:

como dizer da superioridade democrática e da maior capacidade institucional de legisladores e governantes, frente a juízes e cortes, nos casos de absoluta inércia estatal e de falhas estruturais persistentes? Como dizer da participação política de minorias impopulares e estigmatizadas, se presente enorme déficit de representatividade parlamentar? Como admitir a superioridade democrática e institucional de legisladores e de governantes ante um contexto de violação massiva de direitos fundamentais, assistida passivamente por esses agentes políticos?

É certo que a tais questionamentos não se pode ofertar uma resposta absoluta, especialmente se a análise for feita em abstrato. Ressalta-se, no entanto, que no caso da ADPF 347/2015, onde restaram atendidos todos os pressupostos necessários à configuração do estado de coisas inconstitucional, parece ser oportuna e legítima a atuação do STF com as considerações que serão realizadas na seção 3.

Já no que toca à crítica de Ariza³⁴ referente à prevalência da dimensão institucional sobre a dimensão humana quanto ao conteúdo da decisão, assim como à exigência de uma larga dose de estoicismo da comunidade carcerária no sentido de suportar as violações de direitos fundamentais durante o tempo necessário para a regularização das condições de encarceramento, pode-se ver a precariedade da decisão brasileira, a qual não exige dos governos federal e estaduais qualquer sorte de planejamento a ser objeto de acompanhamento detalhado pelas instâncias de controle, mantendo sob expectativa o deslinde dos abusos.

Por igual, deixa-se de observar o ambiente de desamparo social em que o crime se forma (descuidando-se do infrator, enquanto pessoa) para sinalizar uma atuação pontual sobre o domínio estrutural e despersonalizado da atuação estatal, crendo-se isso medida suficiente para a correção de rumos necessária. Contudo, dada a precariedade das medidas adotadas, não se pode afirmar, com segurança, se a decisão brasileira

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 239-240.

³⁴ ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitucionalismo del Sur Global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015, p. 169-204. p. 193-196.

reflete o influxo direto das pautas do que se chamou de *penalismo neoliberal*³⁵ nas críticas às decisões da Corte Constitucional da Colômbia nos casos análogos ao brasileiro.

4. O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO E OS HORIZONTES DE UMA RECONFIGURAÇÃO DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Na presente seção abordar-se-á o marco teórico proposto como uma revisão do sistema *forte* de controle de constitucionalidade a partir da reavaliação do sistema de freios e contrapesos, nos limites do chamado constitucionalismo dialógico, conducente a uma jurisdição constitucional *fraca* ante os poderes eletivos como forma de se privilegiar o princípio democrático. Em seguida, analisar-se-á a pertinência do estado de coisas inconstitucional e do compromisso significativo (*meaningful engagement*) para tal finalidade, com especial foco para o uso brasileiro do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347/2015.

4.1. Constitucionalismo Dialógico e Jurisdição Constitucional Dialógica

Diante da ineficácia das políticas públicas de segurança e de administração penitenciária até o presente, bem como considerando a postura adotada pela Corte Constitucional Colombiana com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, cumpre analisar suas possibilidades ante o que se vem denominando de constitucionalismo dialógico e sua repercussão na reconfiguração do papel da jurisdição constitucional.

Roberto Gargarella³⁶ assinala que o constitucionalismo dialógico se apoia em uma releitura do sistema de freios e contrapesos (inicialmente orientado para evitar e canalizar uma *guerra social*) no sentido da institucionalização de um *diálogo entre iguais* a ser desenvolvido entre os poderes estatais, notadamente entre o judiciário e o legislativo, quando da *judicial review*.

O autor³⁷ não deixa de perceber como manifestações dialógicas as decisões originadas de litígios de tipo estrutural que demandam a participação ampliada por

³⁵ ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 169-204. p. 196.

³⁶ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 119-158. p. 125.

³⁷ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 119-158. p. 121.

meio de audiências públicas e que rompem com a autocontenção de praxe das Cortes Constitucionais (notadamente na América Latina), comprometendo-se ante violações de direitos que antes não encontravam resposta judicial concretizável a deflagrar um debate acerca de sua efetiva solução em países como Argentina, Brasil e Colômbia.

A premissa básica seria o desenvolvimento de um *diálogo inclusivo*³⁸, implicando a justificação das decisões tomadas pela participação, em processos de discussão, de todas as partes potencialmente afetadas, tomadas em posição de igualdade. O pressuposto para tanto é o de que o sistema de tomada de decisões dilui parcialidades a partir de uma discussão inclusiva de base ampla, permitindo que sejam ouvidos e considerados todos aqueles que dissitem. Alcançando maior abertura do debate, viabilizar-se-ia um ganho civilizatório e educativo, sustenta o autor, sobretudo quando se aceita que a ideia a prevalecer deve ser aquela que apresenta os melhores argumentos.

Nesse sentido, se enfrentaria uma das barreiras marcantes da atualidade, qual seja: o déficit de legitimidade democrática da jurisdição constitucional, tomada em sua forma *forte*, tal como apontado por Waldron³⁹, o que impõe a dificuldade de reconhecimento da legitimidade das decisões das cortes constitucionais, uma vez que a estas cabe justificar as decisões judiciais não apenas para aqueles que a apoiam, mas, e especialmente, em face de seus opositores. Um tal estado de coisas, adverte Waldron, tende, em não sendo considerado, a conduzir a críticas dos atores políticos que tentam explorar uma *fragilidade democrática* acerca de *supostos juízes* ou mesmo quanto à *ir-responsabilidade política* destes, pois não se submeteriam ao processo eleitoral como forma de prestação de contas para renovarem o seu cargo.

Ainda para Waldron⁴⁰, parece surgir uma *dificuldade contramajoritária* operacional, findando por suplantar, sem a devida legitimidade eleitoral, as decisões políticas obtidas pela complexidade dos processos políticos (próprios de democracias maduras), conducentes a negociações e ajustes capazes de não deixar de lado qualquer interesse substancial da comunidade, mesmo quando se tratam de interesses mais frágeis ou sub-representados. Com isso, afirma, se daria um desrespeito a milhões de indivíduos (não grupos ou coletividades, mas pessoas singulares), os quais seriam privados de seus direitos políticos por um *sistema forte* de controle de constitucionalidade. Desta forma, violar-se-ia a igualdade democrática, a qual deixaria de servir como elemento de legitimidade política.

³⁸ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una justicia dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 119-158. p. 124.

³⁹ WALDRON, Jeremy. Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política. **Dikaion**, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018. p. 17-19.

⁴⁰ WALDRON, Jeremy. Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política. **Dikaion**, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018. p. 19-22.

Restaria, portanto, buscar formas de mitigação dessa *dificuldade democrática*, dentro dos contornos do que Gargarella⁴¹ chamou de “conversación extendida y entre iguales”, como meio de superação da relação conflitiva equacionada nos modelos de funções estatais do século XVIII. Decerto, como apontado por Gargarella, se há dificuldades democráticas na jurisdição constitucional, por outro lado não se pode deixar de perceber que as decisões majoritárias ocasionais não podem ser tomadas como dados imodificáveis, senão como resultados endógenos de um processo no qual intervêm, muitas vezes, preconceitos, resignações, injustiças e desigualdades imotivadas de acesso à participação.

Nessa linha, convergem os autores, seria necessária a introdução de uma relação mais matizada entre os poderes judicial e legislativo, notadamente com o estabelecimento de um maior diálogo entre os tribunais e o Congresso, de forma genuinamente bilateral, como aponta Waldron⁴², lembrando, a pretexto de exemplificação de como isso ocorreria, algo muito próximo ao rito existente para a participação dos órgãos responsáveis pela edição da norma no controle de constitucionalidade concentrado, tal como se verifica no rito brasileiro. Entretanto, para ele, a Corte Constitucional não deveria ter a possibilidade de suplantar uma leitura alternativa das normas constitucionais por uma simples maioria, devendo, como forma de respeito ao processo democrático, exigir o que designa como “enfoque supermayoritario” (maioria qualificada, ou, mesmo, unanimidade) para a prevalência da postura dos magistrados quando em dissonância com o legislativo⁴³.

De todo modo, para Waldron⁴⁴, o principal objetivo de um processo decisório-dialógico deve ser o fortalecimento da legitimidade democrática pelo cuidado de se evitar a *demonização* do outro, dado que a legitimidade política não se trata, apenas, de uma relação entre indivíduo e governo, mas, para além disso, das múltiplas relações dos indivíduos entre si. Assim, a retórica do controle de constitucionalidade, a se fazer um canal de combate, denúncia e reprovação política do derrotado, não viabilizaria a percepção de transitoriedade que a vida na arena política oferece, especialmente quanto à reversão de insucessos passados, pelo que mostra, a legitimidade política ordinária, seus traços básicos de tolerância e civilidade, de modo a viabilizar a coexistência entre *vencedores* e *vencidos* no dia seguinte à decisão, afastando radicalismos de toda sorte.

⁴¹ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 119-158. p. 125.

⁴² WALDRON, Jeremy. Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política. **Dikaion**, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018. p. 23.

⁴³ WALDRON, Jeremy. Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política. **Dikaion**, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018. p. 24.

⁴⁴ WALDRON, Jeremy. Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política. **Dikaion**, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018. p. 26-28.

Gargarella⁴⁵ observa, então, que o sistema de freios e contrapesos, em qualquer de suas variações, parece não ser capaz de canalizar um diálogo centrado no peso dos argumentos, mas, antes, na formação de negociações, por vezes instáveis e fragilizadas. Por isso, mostrar-se-ia inevitável a adoção de novos mecanismos dialógicos com a promoção de um papel de maior protagonismo para os órgãos políticos e maiores espaços para a consulta aos próprios afetados pelas decisões.

Percebe-se, contudo, a resistência de velhas estruturas institucionais (e, por vezes, discriminatórias) cristalizadas na dinâmica tradicional de freios e contrapesos, como aponta o autor, a destacar que tais práticas e experiências dialógicas findaram por serem abortadas quase antes de começarem, como se fizera sentir na Colômbia na atuação do estado de coisas inconstitucional em matéria de reorganização carcerária, com a prevalência de um *ativismo expansivo*, como visto acima⁴⁶. Tal realidade finda por estabelecer um *diálogo de elites*, frustrando os ideais igualitários de uma democracia deliberativa, afastando o povo, com suas carências e aspirações, de uma efetiva participação política, restando apenas o uso limitado de debates públicos no interesse discricionário (ou arbitrário) das autoridades de turno⁴⁷.

Diante de um tal marco teórico, mostra-se que a demanda por um constitucionalismo dialógico não parece se adequar à leitura tradicional do sistema de freios e contrapesos, implicando, ademais, a releitura de um *sistema forte* de controle de constitucionalidade. Assim, Mark Tushnet⁴⁸ vem propor a dinâmica de um *sistema fraco* de controle de constitucionalidade como meio de efetivação dessa demanda dialógica, por ele chamada de *revisão judicial dialógica*.

Assim, tomando o mesmo ponto de partida fático presente em outros autores,⁴⁹ Tushnet,⁵⁰ ao analisar o advento da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, de 1982,

⁴⁵ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 119-158. p. 139-140.

⁴⁶ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 119-158. p. 145-146 e 148-149.

⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 119-158. p. 150-151.

⁴⁸ TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 105-116. p. 105.

⁴⁹ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 119-158. p. 119; WALDRON, Jeremy. Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política. *Dikaion*, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018. p. 12-13.

⁵⁰ TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 105-116. p. 105-106.

observa que a revisão judicial dialógica se sustenta a partir de duas disposições centrais: uma de cunho *substancial* e outra de cunho *procedimental*. A disposição *substancial* consiste em “una cláusula de limitación general aplicable a todos los derechos constitucionales” por meio da qual tais direitos estão sujeitos a restrições impostas pela lei, justificando-se tal restrição “en nombre de una sociedad libre e democrática”. A disposição *procedimental*, por sua vez, tem sido chamada de *notwithstanding clause* ou *overriding clause*, constante da seção 33 da referida Carta. Em suma, tal cláusula autoriza a legislatura (nacional ou provincial) a fazer sua legislação efetiva por um período de cinco anos, apesar de se possuir a *desconfiança* (ou mesmo a *certeza*) de que possa ser considerada por alguns (inclusive tribunais) como incompatível com vários direitos contidos na Carta.

A revisão judicial dialógica coloca em primeiro plano a inevitável tensão existente dentro do constitucionalismo democrático: o conflito entre seus compromissos de autogoverno popular (e prevalência da igualdade democrática como fonte de legitimação) e o estabelecimento de limites sobre as maiorias populares⁵¹.

Como forma de equacionamento desse desafio, o autor anteriormente referido propõe a revisão judicial dialógica, a qual traz como ideia básica fomentar diálogos entre as distintas funções estatais acerca de qual das interpretações concorrentes sobre as disposições constitucionais se apresentaria mais ajustada ao caso debatido. A vantagem desse proceder se mostra pela capacidade institucional das Cortes para centralizar as atenções sobre valores constitucionais que se ligam a problemas específicos, o que, no âmbito legislativo, terminaria sendo posto em risco pela perda de foco nos debates. Contudo, uma vez firmado o foco, se deveria deixar o valor do governo democrático seguir o seu curso, permitindo-se à legislatura a tomada de decisão final⁵².

Firmadas as noções sobre o *constitucionalismo dialógico* e a *revisão judicial dialógica*, cumpre observar se os institutos do *compromisso significativo*, como proposto, e do estado de coisas inconstitucional, como adotado no Brasil, servem para tanto.

4.2. O compromisso significativo Sul-Africano e a proposta de sua recepção no Brasil: uma convergência ante o estado de coisas inconstitucional brasileiro?

O compromisso significativo (*meaningful engagement*) surge na experiência sul-africana a partir de decisões da Corte Constitucional da África do Sul, notadamente

⁵¹ TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 105-116. p. 106.

⁵² TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 105-116. p. 112.

acerca da necessidade de concretização do direito à moradia, em aporte construído ao longo de uma década. Iniciando-se com o caso *Grootboom* (2000) e avançando sobre o caso *Olivia Road* (2008), chegou-se à ideia de compromisso significativo, a qual foi refinada no caso *Joe Slovo* (2009).⁵³

Cuidando do caso *Olivia Road*, a Corte foi confrontada com a situação de mais de 400 ocupantes de prédios em Johannesburgo, os quais se opuseram à ordem de desocupação apresentada pelo município junto à Suprema Corte de Apelações, sob a alegação de riscos à saúde e à segurança. Analisando o caso, a Corte Constitucional emitiu uma ordem provisória para o município e aos ocupantes para que se comprometessem significativamente a: (i) *resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição*; (ii) *aliviar a condição dos que viviam nos edifícios, tornando-os seguros e saudáveis* (seja pela realocação em acomodações definitivas ou temporárias); e, (iii) *reportar os resultados do compromisso à Corte*.⁵⁴

Dessas experiências surgiu o entendimento acerca dos caracteres e pressupostos centrais para o compromisso significativo, apontando para um processo no qual, de forma prévia à formação de políticas públicas, estratégias ou desenvolvimento de projetos, busca-se a elaboração de um processo dialógico que se faça: (i) *adequadamente estruturado, consistente e transparente, de modo a se evitar expectativas indevidas*; (ii) *leve em consideração as preferências linguísticas de cada população*; e, (iii) *viabilize a consideração e tratamento de indivíduos e comunidades como parceiros no processo de tomada de decisão*.⁵⁵ Com base nesses pressupostos, como registram os mesmos autores, uma ampla principiologia foi desenvolvida a partir da casuística enfrentada com a busca de efetivação de direitos sociais na África do Sul, especialmente no que tange à moradia, sempre no intuito de viabilizar a superação de conflitos pela participação dos envolvidos e da percepção de seus respectivos pontos de vista, permitindo o consenso.⁵⁶

⁵³ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015. (Texto para discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em: 03 jun. 2019. p. 29; CHENWI, Lilia; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, 2010. p. 4 e 24-27.

⁵⁴ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015. (Texto para discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em: 03 jun. 2019. p. 29; CHENWI, Lilia; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, 2010. p. 4 e 24-25.

⁵⁵ CHENWI, Lilia; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, 2010. p. 9 e 21.

⁵⁶ CHENWI, Lilia; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, 2010. p. 21-23.

Assinala Pardo⁵⁷ que o diferencial dessa forma de trabalho é o alcance de resultados efetivos na formação e na concretização de políticas públicas a partir de uma solução pactuada, participativa e sob a fiscalização do Poder Judiciário, antes mesmo que se faça necessária a decisão jurisdicional. Assim, ter-se-ia a superação do binômio extremo de *imunidade total da administração pública* ou *prevalência da absoluta sindicabilidade judicial*, com a atuação do Judiciário como “indutor da deliberação política democrática”, participando de “um jogo interativo, mais rico e complexo”.

Como se pode ver dos posicionamentos analisados, há uma convergência no sentido da necessidade de se superar o relacionamento beligerante entre os poderes no sentido da criação de instrumentos sintetizadores de uma nova forma de cooperação, de modo a fazer sobressair sua atuação *interdependente*. A figura do compromisso significativo, apesar de não se encontrar expressamente prevista na Constituição Sul-Africana, delineia campo promissor a partir das decisões da Corte Constitucional daquele país, a qual se utilizou de fundamentos constitucionais diversos para construir o recorte inicial do instituto a ser utilizado⁵⁸. Essa mesma realidade normativa é encontrada na Constituição Brasileira de 1988, pelo que tanto Pardo⁵⁹, como Vieira Junior⁶⁰ apontam sua compatibilidade com os fundamentos constitucionais brasileiros. Nesse sentido, tramitou, até o fim da última legislatura, o Projeto de Lei do Senado nº 736/2015, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE), o qual pretendia disciplinar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e o uso do compromisso significativo no controle de constitucionalidade brasileiro como forma de se enfrentar os conflitos estruturais, mediante alterações na lei da ADPF.

Apesar de já se haver visto suficientemente a envergadura da técnica do estado de coisas inconstitucional na experiência colombiana, assim como sua relativamente tímida utilização na jurisdição constitucional brasileira, deve-se observar que, da forma como trabalhado no Brasil, o estado de coisas inconstitucional parece abrir, de fato, espaço para a convergência postulada pelo constitucionalismo dialógico, com o desafio de se implementarem, adequadamente, os pressupostos tanto do estado de coisas

⁵⁷ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 72, p. 161-210, out./dez. 2013. p. 186-187.

⁵⁸ CHENWI, Lilia; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, 2010. p. 11-12.

⁵⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 72, p. 161-210, out./dez. 2013. p. 182.

⁶⁰ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015. (Texto para discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em: 03 jun. 2019. p. 32.

inconstitucional, como do compromisso significativo (caso seja, efetivamente, do interesse coletivo a combinação das duas técnicas), com especial atenção para o fato de que não se mostraria viável uma simples transposição de institutos e parâmetros, como o da revisão judicial dialógica, dadas as deficiências próprias de países emergentes, como advertido por Gargarella⁶¹.

Com a definição do conflito estrutural acerca do sistema carcerário brasileiro como foco de considerações e cuidados do Supremo Tribunal Federal, o desafio presente para o desenvolvimento e para a concretização da ADPF nº 347, ora em trâmite junto ao STF, será definir o grau de discricionariedade a ser oportunizado aos poderes Executivo e Legislativo para a superação desse estado de coisas inconstitucional, além de se estabelecer se haverá e como se daria o necessário acompanhamento da decisão, bem como os termos do diálogo institucional a ser oportunizado, o que findaria por abrir oportunidades para a experiência desse diálogo na forma do compromisso significativo entre poderes.

Resta saber, todavia, se as instâncias de poder estarão dispostas a desenvolver o diálogo proposto e quais as alternativas possíveis à Suprema Corte brasileira (e aos milhares de encarcerados) se a resposta for negativa, para que não restem violados os direitos fundamentais.

5. CONCLUSÕES

Diante do exposto, cumpre observar que a Corte Constitucional Colombiana, instada a se manifestar em casos de relevo e que caracterizavam verdadeiras demandas estruturais, delineou os contornos básicos e definiu os pressupostos do estado de coisas inconstitucional. Referida técnica decisória, uma vez adotada em oportunidades diversas, proporcionou à Corte experiência e acúmulo de aprendizagem naquilo que se refere à tutela dos direitos fundamentais em sua acepção objetiva.

Observa-se, contudo, que com a referida técnica decisória, a Corte Constitucional Colombiana inaugura uma forma de atuação que lhe autoriza a se imiscuir em questões das instâncias eletivas de poder para, por fim, revelar uma clara interferência em espaços de decisão próprios do Executivo e do Legislativo, especialmente no tocante à necessidade de elaboração e efetivação de políticas públicas, o que revela uma nítida postura ativista, passando a protagonizar papéis políticos, definindo e redefinindo prioridades orçamentárias, agendas políticas e supervisionando e/ou direcionando a atuação das demais esferas de poder.

⁶¹ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 119-158. p. 150-151.

A Corte passou a se reconhecer como um dos principais instrumentos de transformação social, avançando, assim, sobre a função das demais instâncias de poder, o que viria a ensejar críticas de ordem democrática e de violação à teoria da separação de poderes. Ressalta-se, no entanto, que diante de uma paralisação das instâncias eletivas de poder, não poderia a Corte Constitucional Colombiana assumir outra postura, senão a de intervir em prol da tutela dos direitos fundamentais – observe-se que a atuação da Corte na definição da problemática e na apresentação de soluções é de suma relevância na determinação do êxito da decisão (veja-se, por exemplo, o caso da T-153, de 1988, e da ST-025, de 2004).

A recepção do estado de coisa inconstitucional no Brasil deu-se através da ADPF 347/2015, oportunidade em que o STF foi instado a se manifestar acerca das condições estruturais do sistema penitenciário pátrio. No caso, percebe-se uma acanhada atuação da referida Corte, tendo-se limitado a emitir decisões cujos destinatários são os poderes Judiciário e Executivo, conforme já demonstrado, esquivando-se de adentrar em discussões relativas a políticas públicas capazes de solver, ou mesmo, amenizar a caótica situação que circunda o sistema prisional brasileiro, não se verificando, portanto, ofensas ao princípio democrático e/ou à separação de poderes.

Ressalta-se, contudo, que tomada a experiência da Corte Constitucional Colombiana, perdeu o STF a oportunidade de avançar rumo a uma maior e mais efetiva tutela dos direitos fundamentais, na medida em que deixou de dialogar com as demais instâncias de poder no sentido de encontrar uma alternativa factível para a solução da presente problemática.

Assim, ainda que o estado de coisas inconstitucional se apresente como uma via capaz de conduzir a um equacionamento da crise do sistema penitenciário, há que se definir como se dará a articulação entre as instâncias de poder a fim de que a atuação do STF não viole a separação de poderes, o princípio democrático e, tampouco, caia em descrédito.

Neste cenário, a ideia de um constitucionalismo dialógico, que implica no estabelecimento de um diálogo entre iguais a ser travado entre os poderes estatais, apresenta-se enquanto mecanismo capaz de mitigar a dificuldade democrática vislumbra-da em um sistema forte de jurisdição constitucional. Referida dificuldade, consistente no prevalecimento de decisões oriundas de órgãos que não se submeteram a um processo eleitoral, restaria superada a partir de um debate com considerações de todos os órgãos, devendo prevalecer o entendimento que melhor atendesse as necessidades da comunidade.

Observa-se, todavia, conforme acima exposto, que o constitucionalismo dialógico não se adéqua à leitura tradicional do sistema de freios e contrapesos, razão pela

qual Tushnet⁶² propôs a dinâmica de um *sistema fraco* de controle de constitucionalidade como meio de efetivação dessa demanda dialógica, por ele chamada de *revisão judicial dialógica*, a qual traz como ideia básica fomentar diálogos entre as distintas funções estatais acerca de qual das interpretações concorrentes sobre as disposições constitucionais se apresentaria mais ajustada ao caso debatido.

Nesse horizonte, observa-se, pois, que da forma como trabalhado no Brasil, o estado de coisas inconstitucional parece abrir, de fato, espaço para a convergência postulada pelo constitucionalismo dialógico, com o desafio de se implementarem, adequadamente, os pressupostos tanto do estado de coisas inconstitucional, como do compromisso significativo (caso seja, efetivamente, do interesse coletivo a combinação das duas técnicas), com especial atenção para o fato de que não se mostraria viável uma simples transposição de institutos e parâmetros, como o da revisão judicial dialógica, dadas as deficiências próprias de países emergentes com o risco da ocorrência de um *diálogo de elites*, como visto.

6. REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. **Comando Vermelho**: a história do crime organizado. Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitucionalismo del Sur Global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 169-204.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, nº 736, de 2015**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁶² TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 105-116. p. 105.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** Atualização - Junho 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycg68vox>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Agência Brasil. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo.** Disponível em: <https://tinyurl.com/y89ro2v2>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/open-doc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA. Acesso em: 12 set. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. **Sentencia T-025/2004.** Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>. Acesso em: 08 jun. 2019.

CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade.** Trad. Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CHRISTINO, Marcio Sergio; TOGNOLLI, Claudio. **Laços de Sangue:** a história secreta do PCC. São Paulo: Matrix, 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Salvador: JusPodivm, 2016.

CHENWI, Lilia; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: A focus on the right to housing.** University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010.

DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: Reflexões sobre o estado de ilegalidade difusa. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 408-453, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n1/2179-8966-rdp-9-1-480.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.r). **Por una justicia dialógica:** el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 119-158.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, ano 1, n. 1, p. 203-228, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>. Acesso em: 02 mar. 2019.

ITURRALDE, Manuel. Acceso a la justicia constitucional en Colombia: oportunidades y retos para la transformación social y política. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). **Constitucionalismo del Sur Global.** Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. p. 443-493.

PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 72, p. 161-210, out./dez. 2013.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015. (Texto para discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em: 03 jun. 2019.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por uma justiça dialógica**: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 105-116.

WALDRON, Jeremy. Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política. **Dikaion**, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018.



A relevância do direito à seguridade social na manutenção do regime democrático

The relevance of the right to social security in maintenance of the democratic regime

DENISE BZYL FEITOSA ^{1,*}

¹ Universidade de Fortaleza (Fortaleza, Ceará, Brasil)
denisebzyl@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-7441-8942>

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO ^{1,**}

¹ Universidade de Fortaleza (Fortaleza, Ceará, Brasil)
liridacalou@unifor.br
<https://orcid.org/0000-0001-5710-7499>

Recebido/Received: 16.07.2020 / July 16th, 2020

Aprovado/Approved: 02.04.2021 / April 2nd, 2021

Resumo

A proteção social, importante instrumento para elevar a qualidade de vida das pessoas, é base de uma sociedade democraticamente forte. A garantia de realização de direitos sociais reverbera na qualidade da participação popular nos processos políticos, pois as pessoas deixam de

Abstract

Social protection, an important tool for raising people's quality of life, is the basis of a democratically strong society. The guarantee of realization of social rights reverberates in the quality of popular participation in political processes, as people stop worrying only about issues of mere

Como citar esse artigo/How to cite this article: FEITOSA, Denise Bzyl; ARAÚJO, Maria Lírida Calou de. A relevância do direito à seguridade social na manutenção do regime democrático. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 837-856, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.75263.

* Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional Público e Teoria Política da Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil). Integrante do Grupo de Pesquisa Administração Pública e Tributação no Brasil (GEPDAT). Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário Estácio do Ceará (2018). Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza (2006). Advogada (OAB/CE nº 18.588). E-mail: denisebzyl@hotmail.com.

** Professora titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional - Mestrado e Doutorado - e professora do curso de graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil). Pós-doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi coordenadora e professora titular do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá (UNICATÓLICA), e é professora aposentada da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Coordenadora-geral do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo e Tributário (GEPDAT). E-mail: liridacalou@unifor.br.

se preocupar apenas com questões de mera sobrevivência e passam atuar efetivamente na tomada de decisões da sociedade. Embora a seguridade social demonstre relevância na ordem jurídica, o seu orçamento sofre ingerências que afetam a solvabilidade e robustez do sistema. Objetiva-se estudar a importância desse direito na formação de atores políticos de qualidade. A relevância está nas constantes propostas de maior austeridade no regramento de concessão de benefícios previdenciários e no neoliberalismo que pretende diminuir o tamanho do Estado, o que pode gerar menor cobertura social e diminuição dos índices de qualidade de vida da população, afetando de sobremaneira a participação popular na política. Numa pesquisa doutrinária, foram analisados pensamentos dos juristas a respeito dessa relação entre direitos de seguridade e democracia e se o tratamento desfavorecido conferido a esses direitos reflete na arrecadação. Conclui-se pelo desvirtuamento do tratamento do direito à seguridade social na ordem jurídica, com consequente reflexo nas ingerências sofridas pelo seu orçamento, enfraquecendo a democracia.

Palavras-chave: seguridade social; direitos fundamentais; tributação; contribuições sociais; democracia.

survival and start to act effectively in the decision-making of society. Although social security shows relevance in the legal order, its budget suffers interference that affects the solvency and robustness of the system. The objective is to study the importance of this right in the formation of quality political actors. The relevance is in the constant proposals for greater austerity in the rules for granting social security benefits and in neoliberalism that aims to reduce the size of the State, which can generate less social coverage and decrease the quality of life indices of the population, greatly affecting popular participation in politics. In a doctrinal research, the jurists' thoughts about this relationship between security rights and democracy were analyzed and if the disadvantaged treatment given to these rights reflects in the tax collection. It concludes by distorting the treatment of the right to social security in the legal order, with a consequent reflection on the interferences suffered by its budget, weakening democracy.

Keywords: social security; fundamental rights; taxation; social contributions; democracy.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A proteção social no Estado Democrático de Direito; 3. O desmonte da Seguridade Social; 4. A fragilização da democracia pela via social; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A proteção em face das contingências sociais é inerente ao ser humano, na medida em que aqueles que se encontram acometidos por doenças, incapacidades, velhice etc. se apresentam como uma parte vulnerável dentro da sociedade. A garantia de proteção contra essas vicissitudes da vida se dá por meio de um dos direitos sociais conquistados ao longo da história: o direito à seguridade social. Um direito que ganhou status constitucional fundamental, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, mas que sofre constantes ameaças por representar suposto déficit nas contas públicas.

O modelo de *Welfare State* estabelecido pelo constituinte de 1988 visava uma melhoria na qualidade de vida do povo com a execução de políticas públicas de proteção social. Garantidos os direitos sociais mais básicos pelo Estado, os cidadãos adquirem maiores poderes de ampliação de suas liberdades individuais até alcançar o pleno exercício dos direitos políticos no Brasil, com uma consciência democrática de qualidade. Esse intuito esbarra no ideal neoliberal que ronda o país, numa tentativa

de diminuir o tamanho do Estado brasileiro, supostamente ineficiente, a começar pelo desmonte da proteção social, representada pelos institutos de Seguridade Social.

Em que medida o desmonte da proteção social fornecida pelo Estado afeta a democracia? Para esse questionamento surge a hipótese de que talvez a sua importância esteja sendo desvirtuada dentro de um contexto orçamentário que conta com ingerências e malversação do dinheiro público, a fim de se alcançar uma diminuição de um Estado prestacional, que não se atenha tanto à redução da desigualdade social e econômica, tendo em vista que uma sociedade desigual demanda um sistema não participativo para manter-se coesa.

Assim, o presente estudo objetiva, principalmente, descobrir se há esse desmonte da Seguridade Social afetando o Estado Democrático de Direito, mas, também, averiguar como se dá a proteção social sob o enfoque da sociedade e do Estado, bem como analisar o desmonte do Estado Social, por meio das distorções na arrecadação do orçamento securitário. A necessidade premente de estudo do tema está nas constantes tentativas de reformulações das regras de concessão dos benefícios previdenciários, sob alegação de déficit orçamentário. O presente trabalho faz, portanto, uma pesquisa doutrinária, para saber o que os estudiosos da área pensam a respeito do tema.

2. A PROTEÇÃO SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A proteção social teve início na família de modo instintivo e, nesses tempos mais remotos em que a noção de Estado ainda não tinha se formado, era o conglomerado familiar que tomava conta dos mais velhos e dos inabilitados para o trabalho. Com o progresso da sociedade, advieram leis e costumes de assistência aos desamparados, mas até a chegada da revolução industrial essa proteção era vista como um dever familiar ou como caridade.¹

Foi por conta da revolução industrial, que trouxe uma nova leva de trabalhadores vindos do campo para as áreas urbanas, aumentando a oferta de trabalho, com parques diretos trabalhistas, que foi formulado o conceito de segurança social (pública). O impacto da necessidade de amparo de um número cada vez maior de novos vulneráveis se deveu ao aumento na quantidade de acidentes de trabalho, de doenças relacionadas ao serviço e até mesmo de invalidezes permanentes, fazendo com que o mero cuidado familiar se tornasse insuficiente. Apenas depois da industrialização, a proteção passou a ser vista como uma prestação positiva devida por parte do Estado aos seus cidadãos, quando Otto Von Bismarck criou os seguros sociais, como forma de evitar revoltas populares decorrentes dessa situação insustentável de desamparo dos trabalhadores.²

¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, 16. ed. Niterói: Impetus, 2011, p.1-3.

² TSUTIIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.

A consolidação dos direitos sociais (onde se encontram inseridos os direitos de seguridade social), entretanto, só foi se dar no período do pós-guerra, momento em que eles surgiram como uma tentativa de resolver a crise de desigualdade social instaurada no mundo em função do modelo liberal de Estado e dos conflitos armados. Como típica emanção do modelo do *Welfare State*, os direitos em comento destinavam-se a amparar as pessoas nas suas necessidades espirituais e materiais mais prementes, com o objetivo de resguardar-lhes um mínimo de segurança social, como exigência da dignidade da pessoa humana.³

Assim, é certo que a preocupação com a proteção contra as intempéries da vida pode ser compreendida como parte da essência humana, mas é igualmente certo que ela nem sempre foi traduzida na história da humanidade com um viés jurídico que lhe garantisse o status de direito ou como um dever a ser prestado pelo Estado, essa ideia é bem recente, na verdade. A Constituição brasileira, inspirada no modelo de *Welfare State* da Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar) não só passou a falar em um verdadeiro dever estatal de oportunizar a concretização dos direitos sociais por meio de políticas públicas, com aporte financeiro do orçamento estatal, como o fez de modo a conferir a tais direitos um caráter de fundamentalidade exigível pelo cidadão.⁴

Essa capitulação tardia dos direitos sociais como pertencentes ao núcleo dos direitos fundamentais pode ser a causa da ideia errônea de que previdência e assistência sociais são meras benesses do Estado e que, por isso, podem ser contingenciadas, como se tivessem menos importância que os direitos garantidos no artigo 5º da Constituição Pátria. Na verdade, não há essa hierarquia dentro do conceito de direitos fundamentais, há uma indissociabilidade no grau de importância do exercício dos direitos individuais e dos sociais, na medida em que estes são instrumentos de proteção e de concretização daqueles.⁵

Os direitos individuais, denominados de negativos, servem de escudo contra possíveis abusos por parte do Estado e, tendo em vista que as pessoas não vivem sozinhas no mundo, porque individualmente representam uma manifestação da sociedade, esses direitos têm íntima ligação com os direitos sociais. Os direitos chamados de positivos ou prestacionais, tais como os proporcionados pela Seguridade Social também servem de escudo, pois a sua garantia implica na legitimação dos seus institutos, como forma de contenção, sobretudo, de abusos de índole econômica.⁶

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 592-594.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano I, v. I, nº 4, jul., p. 1-22, 2001. Disponível em: <http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/retrocesso-fundamental-propriedade-59632193>. Acesso em 20 mai 2019.

⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direito Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 294.

⁶ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Comentário ao artigo 193. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 4080-4101, 2013. *E-book*.

Há abuso do poder econômico quando a segurança contra as contingências sociais, que é um direito fundamental, é tratada como bem de consumo, como uma mercadoria negociável. Nesse caso, é preciso lembrar que o ideário de proteção social se encontra intrinsecamente ligado aos direitos humanos, já que é preciso haver a efetivação dos direitos sociais para que sejam preservados os direitos do homem individualmente considerado. Além disso, a expansão dos direitos fundamentais serve de parâmetro para a aferição da qualidade da democracia de uma sociedade, pois não é possível falar em democracia fortalecida, sem que os direitos fundamentais sejam reconhecidos e protegidos pelo Estado.⁷

Os direitos sociais são importantes fatores de estruturação da democracia nos países cujo modelo de Estado é o social e isso se dá porque o reconhecimento desses direitos estrutura o próprio princípio democrático, ao vinculá-lo à ideia de liberdade igualitária: só há realmente democracia quando todas as pessoas têm iguais possibilidades de participar no governo da polis. Só há justiça no processo de participação política (ou seja, na democracia), quando há justiça distributiva na dimensão dos bens sociais. A democracia pressupõe, assim, uma base jusfundamental inevitável, que se inicia nos direitos fundamentais da pessoa e termina nos direitos sociais, pois não é possível construir uma democracia com fome, miséria e exclusão.⁸

Nessa toada, resta claro que os direitos relacionados à seguridade se enquadram na categoria dos direitos que permitem que os outros direitos possam ser exercidos. Por isso se vê aqui a necessidade do seu fortalecimento como garantia do direito a se ter direitos. Se os abusos contra os direitos forem mais fortes que a sua preservação, tais abusos só serão percebidos quando os direitos se perderem e não puderem mais ser recuperados devido à nova situação instaurada.⁹ Como não há exercício de liberdades no desamparo, a razão de ser do direito à seguridade é assegurar a existência dos direitos individuais, bem como, assegurar a concretização da dignidade da pessoa humana, princípio maior das ordens jurídicas democráticas mundo afora.

É impossível falar em dignidade plena dentro de um país que não luta pela diminuição das desigualdades sociais com afinco. No Brasil, só uma parte da sociedade consegue reivindicar esse direito veementemente, pois o resto, mais especificamente os mais carentes, permanecem na luta pelos tantos outros direitos básicos que lhes são negados – tantos, que a dignidade passa a ter uma abstração difícil de ser por eles compreendida. E nenhuma das reivindicações pleiteadas sob a alcunha de direitos sociais

⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 594-596.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção — O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus O. G.; CORREIA, Érica P. B. (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 11-32, 2015, p. 12.

⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2012, p. 330-334.

poderá alcançar seu objetivo sem que haja uma efetiva intervenção do Estado na economia, em prol da diminuição das desigualdades.¹⁰

Ocorre que a tentativa de ampliação dos direitos sociais, em alguns países, fere interesses que acabam por refletir na sua democracia. É o caso da Venezuela, por exemplo, que teve no governo de Hugo Chávez uma maior participação democrática em razão da utilização do lucro do petróleo no desenvolvimento de políticas sociais, com o fito de atingimento de uma maior justiça social. O governo do então presidente tinha o intuito de enfrentar a pobreza e a exclusão por meio de uma maior participação popular no processo democrático, empoderando os sujeitos políticos daquela sociedade através de políticas públicas de melhoria nas condições sociais do povo venezuelano.¹¹

A chamada *democracia participativa e protagônica* instituída na Constituição de 1999 previa a criação de um Poder Cidadão e de um Poder Eleitoral, como instrumentos de fiscalização e controle da Administração Pública pelos cidadãos, além da utilização de elementos de participação direta, como plebiscitos e referendos, numa democracia baseada na força popular adquirida por conta da justiça social promovida a partir da realização dos direitos sociais, principalmente dos atinentes à seguridade social, que nesse país abarcam a assistência, a educação, a saúde e a previdência. De uma democracia pactuada, embasada no estado mínimo, isento de seu papel garantidor de direitos, a Venezuela passou para um Estado baseado numa democracia protagonizada pelo cidadão, que diminuiu taxas de pobreza, analfabetismo, indigência, desemprego, mortalidade infantil e desigualdade, bem como aumentou o acesso à saúde.¹²

Ao promover essa política anticapitalista, distributiva, contrária ao ideal hegemônico da burguesia venezuelana e da elite financeira internacional, o país passou a sofrer atuações internas e externas para que o sistema implantado entrasse em colapso, por meio de apoios a golpes políticos, como o sofrido por Chávez em 2002, e por embargos econômicos que minassem as fontes de riqueza do país. Foi assim que a Venezuela entrou numa crise democrática da qual não tem capacidade de sair sem o enfraquecimento das forças políticas do país e, conseqüentemente, das políticas públicas antes promotoras de empoderamento do cidadão, dentre elas, as que buscam reduzir desigualdades como as políticas de seguridade.¹³

Uma sociedade com desigualdades gritantes não consegue conferir dignidade aos indivíduos que se encontram em situação econômica desfavorável. Com isso, fica

¹⁰ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 166-170.

¹¹ FUKUSHIMA, Kátia Alves. A política social do governo Chávez e a democracia venezuelana: quais os avanços? **Mural Internacional**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, jan-jun, p. 99-121, 2018, p. 102-103.

¹² FUKUSHIMA, Kátia Alves. A política social do governo Chávez e a democracia venezuelana: quais os avanços? **Mural Internacional**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, jan-jun, p. 99-121, 2018, p. 103-110.

¹³ PENNAFORTE, Charles. De Chávez a Maduro: a Venezuela sob ataque contra antissistêmico? **Revista Intellector**, Rio de Janeiro, v. XI, ano 21, jul-dez, p. 42-68, 2014, p. 49-55.

mais perceptível a relevância que têm as políticas públicas de seguridade na promoção da real democracia, já que a sua finalidade (e dos direitos sociais em geral) é beneficiar os hipossuficientes, de modo a assegurar-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, por meio da realização da igualdade real.¹⁴

3. O DESMONTE DA SEGURIDADE SOCIAL

O problema, no que tange à concretização de políticas públicas promotoras de igualdade real e, consequentemente, alcance de uma democracia forte, está no fato de que os direitos “não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapitado, [os direitos] implicam a cooperação social e a responsabilidade individual”.¹⁵ Embora apenas os direitos sociais aparentem ser os que necessitam de financiamento, a concretização dos direitos fundamentais, de todos eles – sejam os individuais, sejam os sociais – demanda custos, que devem ser suportados pela sociedade, direta ou indiretamente. É aí que entra a tributação como ferramenta de arrecadação do Estado para o alcance de suas finalidades.¹⁶

É por isso que alterações na carga tributária de um país, junto a outros fatores, podem influenciar no cotidiano das pessoas de sobremaneira, gerando uma crise do Estado social que pode ser tida como uma crise de toda a sociedade. Para evitar esse tipo de crise, é preciso adaptar os sistemas de prestação estatal à economia, sem, contudo, se afastar do clamor elementar da humanidade por segurança social.¹⁷

O Brasil adotou em 1988 um tipo de arrecadação que resguarda especificamente a proteção dos indivíduos contra as contingências sociais, ao criar as contribuições de Seguridade Social e ao separar o orçamento desse setor dos demais: segundo §5º do artigo 165, a lei orçamentária anual deve compreender os orçamentos fiscal, de investimentos e da Seguridade Social. Assim é que o orçamento, que é uno, em atendimento ao princípio da unidade, promove a integração finalística e a harmonização dos três orçamentos dentro de uma única lei.¹⁸

Conforme a determinação constitucional, o produto da arrecadação advinda das citadas contribuições deveria ingressar diretamente no orçamento da Seguridade

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 157.

¹⁵ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002, p. 20.

¹⁶ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 59.

¹⁷ SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights** – Why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999, p. 15.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Comentário ao artigo 165. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 3761-3796, 2013, E-book, p. 3771.

e, em seu texto original, a Constituição previa que estas exações seriam cobradas especificamente pela entidade responsável pela sua gestão, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Dita autarquia, criada para a gerência do orçamento securitário não é mais sujeito ativo na relação tributária desde 2007, quando passou a ficar a cargo da chamada “Super Receita”¹⁹ a arrecadação de todos os tributos feitos pela União, inclusive as contribuições de Seguridade Social, afetando, assim, a finalidade da separação dos orçamentos de evitar a confusão de receitas.²⁰

Embora não haja mais discussão nos tribunais superiores acerca desse alargamento de atribuições, posto que pacificado o entendimento no STF a favor da constitucionalidade da lei de criação da “Super Receita”, é possível defender a tese da flagrante inconstitucionalidade da transferência de sujeito ativo das contribuições do INSS para a Receita Federal, pois as contribuições que financiam *diretamente* a seguridade social não poderiam constituir receita do Tesouro Nacional. Elas devem ingressar *diretamente* no orçamento securitário, sob pena de violação da autonomia assegurada constitucionalmente à atividade de seguridade social. Ademais, é constitucionalmente reservada à lei complementar a tratativa da gestão financeira e patrimonial da Administração Pública direta e indireta, não a uma lei ordinária.²¹

Afora essa questão relativa ao sujeito ativo, mesmo havendo uma separação fidedigna das receitas pertencentes ao tesouro nacional e à seguridade social, o orçamento securitário ainda sofre um desfalque de suas receitas com a Desvinculação de Receitas da União, a DRU. No início, a desvinculação era de 20% dos recursos e passou, no ano de 2016, a 30% do que deveria ser destinado à concretização das políticas da seguridade social.²²

Importante ressaltar que a característica de serem tributos finalísticos é o que define as contribuições sociais com maior propriedade.²³ Não fosse isso, ficaria difícil diferenciá-las das demais espécies tributárias. A característica da vinculação da sua arrecadação ao mantimento da Seguridade Social é tão importante, que é possível ao contribuinte recusar-se ao pagamento da contribuição social que não respeite

¹⁹ A terminologia “Super Receita” não foi conferida pelo legislador, mas é usualmente adotada pelo governo e pela doutrina, em função da gama de funções atribuídas a esse órgão a partir da Lei nº 11.457/07.

²⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 428-429.

²¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 429.

²² SALVADOR, Evilasio da Silva. O desmonte do financiamento da seguridade social em contexto de ajuste fiscal. **Serviço Social & Sociedade**. São Paulo, nº 130, set-dez, p. 426-446, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0101-6628.117>. Acesso em 04 jun 2019.

²³ Na opinião de MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016; IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, 16. ed. Niterói: Impetus, 2011; PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011; MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016; HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016; e COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

a destinação constitucionalmente estipulada para as receitas obtidas a partir do seu pagamento.²⁴

A desvinculação transforma os recursos destinados ao financiamento da seguridade social em recursos fiscais, que são utilizados na composição do superávit primário, para, finalmente, pagar juros da dívida. Desse modo, fica difícil seguir o propósito do constituinte originário de salvaguardar o direito à proteção social através das contribuições sociais e, até mesmo, entender esses tributos como sendo realmente finalísticos.²⁵

Como se vê, na prática, o que importa é saber se a arrecadação proveniente das contribuições sociais é vertida corretamente para a área estipulada pela Constituição. Não sendo, elas perdem a sua característica da vinculação, deixam de ser contribuição e, por fim, deixam de ser exigíveis. O que dizer, então, da parte do que é arrecadado com o PIS, com a COFINS e com a CSLL, por exemplo, que não é destinado à Seguridade Social, em razão da DRU?

O STF já se posicionou pela constitucionalidade da DRU, o que causa estranheza, tendo em vista que, no sistema pátrio, os direitos sociais (dentre os quais se encontra a seguridade social) receberam não só “status” constitucional, mas fundamentalidade material e formal. Haveria nesse sequestro de verbas, portanto, evidente violação da cláusula pétrea contida no art. 60, § 4º, IV, bem como descumprimento do princípio implícito da vedação ao retrocesso social.²⁶

Talvez, numa interpretação estritamente literal da Constituição, não coubesse se falar na inclusão do direito à previdência pública como cláusula imutável. Todavia, uma leitura sistêmica do texto demonstra que não há hierarquia entre os direitos de defesa e os prestacionais, onde se enquadra o seguro social público. Ao contrário disso, percebe-se uma sintonia entre o legislador constituinte e a ideia de indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais. A moderna hermenêutica jurídica entende, portanto, que o constituinte conferiu o status de cláusula pétrea a esse direito também, pois conferiu tal status a todos os direitos fundamentais.²⁷

Questões como a definição do sujeito ativo arrecadador das contribuições e a DRU são problemas que afetam a robustez do sistema de segurança social brasileiro, mas, como visto, já são temas pacificados no Supremo Tribunal Federal. Existem ainda outros desvios que afetam o orçamento securitário, sem que sua constitucionalidade

²⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, atualização de. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69.

²⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, 16. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 117-123.

²⁶ FERRAZ, Fernando Basto et al. A desvinculação das receitas da união (DRU) e a efetivação de direitos fundamentais sociais. In: **Direitos fundamentais sociais na contemporaneidade**, São Paulo: LTr, p. 15-30, 2014. Disponível em <https://app.vlex.com/#BR/vid/537411946>. Acesso em: 04 jun 2019.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1213-1226, 2018, p. 1224.

tenha sido discutida. São eles: a política de desonerações fiscais, que afetam diretamente os tributos que compõem a sua base de custeio, e o desvio de finalidade das contribuições de seguridade social.

A política de desonerações de tributos promovida pelo governo federal para estimular o investimento privado tem como objetivo uma maior geração de empregos e uma melhora nas condições de competitividade do mercado nacional (particularmente da indústria nacional). No entanto, a renúncia de receitas não tem surtido efeitos relevantes, já que o Estado não exigiu que as empresas beneficiadas demonstrassem resultados específicos em favor da sociedade, tais como: geração de emprego, garantia de direitos trabalhistas, proteção ambiental, entre outros. Com desonerações nesses termos, a sociedade perdeu recursos e não ganhou em nenhum outro aspecto.²⁸

As desonerações não são integralmente compensadas pelo tesouro com relação ao PIS/PASEP e, a partir de 2008, passaram a retirar das receitas do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT o equivalente a uma nova DRU por ano. Ironicamente, boa parte dos grupos desonerados, como o da construção civil, da indústria petroquímica e a de medicamentos, são responsáveis por grande parte dos gastos do FAT com o pagamento de seguro-desemprego.²⁹ Não se admira saber que as regras de concessão de seguro-desemprego foram alteradas em 2014 para dificultar a sua percepção pelo trabalhador. Com um orçamento violado nessas proporções, a Seguridade ganha a pecha de insustentável por não dispor de recursos suficientes para a sua manutenção, ao mesmo tempo em que a classe trabalhadora desamparada perde força na luta contra a apatia política que a domina, por ter de conviver com dificuldades outras, que a "simples" participação na vida política do país.

Outro tributo fortemente afetado com as desonerações é a COFINS, cujas renúncias fiscais representavam 6,0% da sua receita em 2005, 20,5% em 2008 e 32,1% da sua arrecadação em 2015. É temeroso que um terço da arrecadação desse tributo esteja comprometido com as renúncias fiscais, quando é cediço que a cobertura estatal das desonerações para o orçamento da Seguridade é insuficiente, ante o volume de renúncias tributárias gerais.³⁰

²⁸ GENTIL, Denise Lobato et al. Uma análise não convencional para o financiamento da Previdência Social no Brasil: aspectos teóricos e evidências empíricas. In: PUTY, Cláudio Alberto Castelo Branco; GENTIL, Denise Lobato (Org.). **A Previdência Social em 2060: As inconsistências do modelo de projeção atuarial do governo brasileiro**. Brasília: ANFIP/DIEESE, 2017, p. 48.

²⁹ OLIVEIRA, Thiago e FERRAZ, Alexandre. Programa Seguro-desemprego: qual a reforma necessária? **Revista Política Social e Desenvolvimento**, [s.l.], p. 28-37 dez. 2015. As demandas sociais da democracia não cabem no orçamento? Parte II. Disponível em: <https://revistapoliticasociale.developolvimento.com/2015/12/24/a-democracia-nao-cabe-no-orcamento-parte-ii/>. Acesso em 23 ago 2017.

³⁰ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL E FUNDAÇÃO ANFIP DE ESTUDOS DA SEGURIDADE SOCIAL E TRIBUTÁRIO. **Análise da Seguridade Social 2015**. 16. ed. Brasília: ANFIP, 2016, p. 53.

A desoneração total de tributos possui números significativos, principalmente se comparados ao alegado rombo previdenciário, como bem se vê: em 2009 foram R\$ 119,8 bilhões, em 2011 subiu para R\$ 137,2 bilhões e em 2015, o montante de R\$ 282,4 bilhões³¹. Tais valores, no entanto, não se restringem aos tributos mantenedores especificamente da Seguridade Social, mas representam mais da metade das renúncias de receita do governo federal. Assim, constatamos que há margem para um aumento na arrecadação de receitas da Seguridade Social por meio da revisão das renúncias de contribuições sociais.³²

O que se vê com isso, então, é a mera disposição de verbas públicas em prol do setor privado, sem que se tenha demandado desse setor qualquer tipo de contrapartida pela perda de receitas que deveriam ter sido aplicadas no financiamento de políticas públicas. Como consequência, a Seguridade Social, já tão molestada com uma arrecadação ineficiente, repasses insuficientes e desonerações, ainda tem que enfrentar a alegação de que um dos seus ramos, a Previdência, é deficitária e precisa ser reformulada³³.

Diante da atual conjectura e das constantes propostas de reforma da Previdência, sob uma alegada impossibilidade financeira do Estado em arcar com tais direitos sociais, os desvios que acometem o orçamento securitário parecem ser esquecidos pela sociedade. Sob a justificativa de que o Estado prestacional se tornou ineficiente, gastador e causador de déficit público, observamos a tentativas constantes de “comoditização” do direito à seguridade social, mais especificamente do direito à previdência pública, sem nos atentarmos para a sua essencialidade na concretização dos objetivos fundamentais da República e para o ganho de força da democracia, a partir do empoderamento social dos autores políticos.³⁴

Daí a imprescindibilidade do fortalecimento desse aspecto do direito à seguridade como dever público, dentro do modelo de Estado de Bem-Estar Social proposto pela Constituição Federal, para a promoção da justiça social no país. A precarização da

³¹ Essa quantia é maior do que a soma de tudo o que foi gasto, na esfera federal, com Saúde (R\$93 bilhões), Educação (R\$93,9 bilhões), Assistência Social (R\$71 bilhões), Transporte (R\$13,8 bilhões) e Ciência e Tecnologia (R\$6,1 bilhões) no ano de 2014. Dados do Ministério do Planejamento, SOF, Despesa Orçamentária por Agregados Funcionais e Programáticos (GENTIL, Denise Lobato et al. Uma análise não convencional para o financiamento da Previdência Social no Brasil: aspectos teóricos e evidências empíricas. In: PUTY, Cláudio Alberto Castelo Branco; GENTIL, Denise Lobato (Org.). **A Previdência Social em 2060: As inconsistências do modelo de projeção atuarial do governo brasileiro**. Brasília: ANFIP/DIEESE, 2017, p. 48).

³² GENTIL, Denise Lobato et al. Uma análise não convencional para o financiamento da Previdência Social no Brasil: aspectos teóricos e evidências empíricas. In: PUTY, Cláudio Alberto Castelo Branco; GENTIL, Denise Lobato (Org.). **A Previdência Social em 2060: As inconsistências do modelo de projeção atuarial do governo brasileiro**. Brasília: ANFIP/DIEESE, 2017, p. 48.

³³ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL E FUNDAÇÃO ANFIP DE ESTUDOS DA SEGURIDADE SOCIAL E TRIBUTÁRIO. **Análise da Seguridade Social 2015**. 16. ed. Brasília: ANFIP, 2016, p. 25-32.

³⁴ FALEIROS, Vicente de Paula. **A política social do Estado Capitalista**, 8. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 87-93.

Seguridade Social tem um viés neoliberalista e as reformas pretendidas pelo governo, a partir dessa precarização, atendem a uma parcela (muito pequena) da sociedade: apenas aquela que vê na previdência e na saúde privadas um nicho de mercado promissor, posto que extremamente lucrativo.

4. A FRAGILIZAÇÃO DA DEMOCRACIA PELA VIA SOCIAL

O custeio tríplice e a diversidade de fatos da vida tributáveis pelas contribuições de Seguridade Social foram idealizados justamente para que não houvesse desculpa para a não concretização dos direitos sociais abarcados pelo sistema securitário. A Constituição tem caráter predominantemente social, protecionista, tendo em vista a experiência passada com a ditadura militar, que abusou da arrecadação securitária em prejuízo do povo brasileiro, pois, ao invés de a política econômica financiar a política social, acontecia o contrário e a política social acabava financiando a política econômica. Importante ressaltar que essa lógica invertida continuou sendo utilizada nos governos democráticos brasileiros a partir de 1990.³⁵

Sob uma perspectiva jurídica e econômica, é cediço que os recursos orçamentários auferidos por meio da tributação não são infinitos (são, na verdade, escassos), enquanto as necessidades humanas são ilimitadas. Daí a necessidade de concertar essa tributação com os objetivos da República, para que os recursos advindos da tributação sejam empregados de modo eficiente, sempre objetivando o atendimento do maior número de necessidades possível. É preciso almejar o ápice da eficiência, pois o desperdício e a ausência de foco na maximização dos recursos orçamentários para a sua utilização social, gera injustiça inaceitável.³⁶

A vinculação dos tributos à consecução dos direitos fundamentais é corolário do princípio da solidariedade, que norteia o Direito Previdenciário e serve de fundamento para a tributação que busca alcançar a justiça social. A solidariedade em questão é a distributiva, que pressupõe a existência de desigualdade de forma a justificar a atuação do Estado em favor dos mais desfavorecidos, independentemente de haver possibilidade de invocação de reciprocidade.³⁷

³⁵ FAGNANI, Eduardo. A Previdência Social não tem déficit. **Revista Política Social e Desenvolvimento**, [s.l.], p. 14-21, dez. 2015. As demandas sociais da democracia não cabem no orçamento? Parte II. Disponível em http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Revista_28.pdf. Acesso em 23 ago 2017.

³⁶ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 51-62, 2010, p. 56-60.

³⁷ TAVARES, Marcelo Leonardo e SOUSA, Ricardo José Leite. O Princípio Da Solidariedade Aplicado À Previdência Social. **Revista Jurídica (0103-3506)**, [s. l.], v. 1, n. 42, p. 277-293, 2016. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=113852823&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em 11 jun 2019.

A tributação que se concretiza o princípio da solidariedade repercute na formação das classes sociais, servindo de base para o Estado promover uma redistribuição do capital e da renda entre as pessoas. O Direito Tributário tem uma função maior de realizar essa revolução social, se valendo do tributo não só como instrumento de arrecadação, mas também de intervenção no meio social, para o atingimento de outros direitos básicos, intrínsecos ao ser humano, entre eles os direitos políticos inerentes à vida dentro de um Estado Democrático de Direito.³⁸

É comum que se busque que a arrecadação fiscal se mostre mais incisiva sobre os mais ricos, ou seja, sobre aqueles que apresentem maior capacidade contributiva. Além de tentar deter as desigualdades sociais, arrecadando mais daqueles com maior capacidade contributiva, a solidariedade embasa uma tributação que serve como método de formação de capital estatal suficiente para a condução e efetivo financiamento de políticas públicas que fomentem a cidadania.³⁹

Sob uma visão bem superficial do tributo com esse propósito de colocar fim às desigualdades sociais, pode até parecer plausível a ideia de que é a tributação elevada que subsidia a solidariedade e promove a distribuição de renda geradora de justiça social, no entanto, a realidade não é bem essa. O Brasil, país com alta arrecadação fiscal, frequentemente se encontra em posição desfavorável no relatório das Nações Unidas que mede do desenvolvimento humano.

A título de exemplo, tomemos o ano de 2017⁴⁰, quando a carga tributária do Brasil chegou a 32,29%: o país ocupou a 79ª posição no índice de desenvolvimento humano da ONU – IDH⁴¹. Enquanto isso, países como Noruega, Canadá, Suíça e Estados Unidos apresentaram uma carga de 38%, 31,7%, 27,8% e 26%, respectivamente, e posições altas no IDH: 1ª, 12ª, 2ª e 13ª posições, respectivamente. No quesito fiscal, o Brasil está dentro da média da OCDE, que foi de 34,3% do PIB, no citado ano, mas ainda assim a tributação é bastante alta, tendo em vista o baixo retorno de bem-estar social que representa. No quesito participação popular, o índice democrático proposto pela revista *The Economist*⁴² lista o Brasil dentre os países com democracia falha ou imperfeita, em razão, principalmente, da ineficiência das instituições, enquanto os países acima citados estão todos dentre os países com democracia plena. A Noruega, país que encabeça

³⁸ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 10.

³⁹ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Ed digital. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 607.

⁴⁰ Segundo dados da Receita Federal brasileira, que trouxe a média da carga tributária de cada um dos países integrantes da OCDE. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf>. Acesso em: 03 junho 2019.

⁴¹ Conforme Relatório das Nações Unidas publicado em 2018, referente ao ano de 2017. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update.pdf. Acesso em: 03 junho 2019.

⁴² Segundo dados da *Democracy index list* da revista. Disponível em: <https://infographics.economist.com/2019/DemocracyIndex/>. Acesso em: 14 jun 2019.

a lista dos países plenamente democráticos no mundo, segundo a revista, é também o que possui o mais alto índice de desenvolvimento humano, com uma carga tributária superior à brasileira. Onde está o problema, então, se não está na tributação?

O problema é histórico e está na condução das políticas públicas, na distribuição dos recursos e vontade política de transformação social do país. O modelo constitucional instituído no Brasil de 1988 esbarra no receituário neoliberal em voga desde os anos 70 na América Latina. Nesse período e nas décadas seguintes, propugnou-se por uma política de diminuição estatal, com cortes nas despesas destinadas às políticas sociais e investimentos, reformulações das leis previdenciárias, flexibilização do mercado financeiro em benefício de bancos internacionais, programas de privatizações e desregulamentação das relações de trabalho, entre outras pautas neoliberais, tudo sob a alegação de que o financiamento do *Welfare State* tinha saído caro demais à sociedade.⁴³

Dentro desse contexto, o Brasil entrou num período de redemocratização e de um Estado social bem teorizados na Lei Maior do país, já com o primeiro presidente eleito depois de anos de ditadura acolhendo a doutrina desse neoliberalismo que tomava conta da América Latina. A contradição entre teoria constitucional e prática política seguiu em frente na eleição seguinte, quando, depois de Fernando Collor de Mello (na época no PRN), foi eleito presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB) para mais dois mandatos. O neoliberalismo constava na agenda política de ambos, mas foi aplicado de forma mais efetiva no governo do segundo, momento em que se teve a privatização de um grande número de empresas públicas, supostamente geradoras de despesa, em prol da solvabilidade das contas públicas.⁴⁴

A crise financeira – ou de financiamento – do Estado parece ser o legado do insucesso do *Welfare State*, entretanto, países como o Brasil não atingiram o nível de proteção social do *Welfare State*, como atingiram os países precursores de tais ideias. Daí chegarmos à conclusão que a redução de gastos públicos com políticas sociais significa, na verdade, o reconhecimento do não atingimento do Bem-Estar Social prometido⁴⁵. A volta da doutrina do liberalismo no país, portanto, parece estar mais associada a um projeto de poder que acaudilha a política dos países latino-americanos, para se

⁴³ GOMES, Cláudia Maria Costa e ROJAS, Gonzalo Adrián. Crise orgânica, governos e seus impactos na América Latina. **Em Pauta – Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 39, v. 15, 1º Semestre, p. 17-32, 2017, p. 26.

⁴⁴ BRANDÃO, Leonardo e SILVA, Michel Honório da. A emergência do neoliberalismo no Brasil: um estudo sobre a revista Veja no contexto das eleições presidenciais de 1989. **Revista Estudos em Comunicação**, [s.l.], n. 24, p. 27-42, 2017, p. 28.

⁴⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. **Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 36-40. *E-book*.

manterem sempre numa relação subordinada aos países capitalistas centrais, do que ao insucesso do Estado prestacional.⁴⁶

Esse movimento de neoliberalismo procura reduzir o tamanho e as funções sociais do Estado, atacando-o com o objetivo implícito de enfraquecê-lo. A empreitada parece visar uma volta ao tempo do Estado Liberal do século XIX, onde vigia um Estado não democrático, com uma burguesia com maiores poderes do que os que tem hoje no Estado Democrático. Isso porque apenas os direitos civis precisam ser garantidos no Estado Liberal, não os sociais, e nem mesmo os políticos, já que, por se opor ao sufrágio universal, é modelo de estado que não guarda congruência com a democracia.⁴⁷

Há aí um contraste óbvio com o que preconiza a Constituição Cidadã, que universalizou os direitos políticos, conferindo o direito de voto inclusive aos analfabetos (mesmo que facultativamente) e ampliou significativamente os direitos sociais. Alega-se, no entanto, que o avanço constitucional realizado pela democracia não resolveu os problemas sociais, não diminuiu a pobreza e não conseguiu reduzir as desigualdades, ou seja, não concretizou os direitos sociais como intentou o constituinte de 1988.⁴⁸

Vale lembrar que são as políticas públicas de concretização dos direitos sociais, erigidos à categoria de direitos fundamentais por essa mesma constituição, as principais responsáveis por garantir as bases de uma democracia fortalecida, pois onde há desigualdade não há real democracia. Elas são, ainda, os instrumentos de concretização dos objetivos visados pela nação, refletindo as metas coletivas mais relevantes dentro de uma sociedade.⁴⁹

É porque a pobreza e as desigualdades sociais provocam um abismo de injustiças, que todas as políticas sociais possuem o objetivo último de alcance da Justiça Social. O alvo principal desse objetivo pode ser sintetizado no artigo 3º da Constituição, o qual afirma ser objetivo fundamental da nação dar aos seus cidadãos condições de viver em uma sociedade justa, livre, sem desigualdades sociais e regionais, pobreza ou marginalização, prezando, como consequência final, pelo bem de todos, e é isso que vai permitir que o país se desenvolva.⁵⁰

⁴⁶ GOMES, Cláudia Maria Costa e ROJAS, Gonzalo Adrián. Crise orgânica, governos e seus impactos na América Latina. **Em Pauta – Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 39, v. 15, 1º Semestre, p. 17-32, 2017, p. 24.

⁴⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia, estado social e reforma gerencial. **Revista de administração de empresas**, São Paulo, v. 50, n. 1, p. 112-116, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902010000100009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 15 jun 2019.

⁴⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001, p. 206-225.

⁴⁹ GARCIA, Maria. Políticas públicas e normas programáticas: a efetividade da Constituição, a Administração Pública e o Estado de Direito. In: GARCIA, Maria (Coord.). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 19, n. 76, jul-set, p. 101-112, 2011.

⁵⁰ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. São Paulo: LTR, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://app.vlex.com/#sources/12806>. Acesso em 15 jun 2019.

Bem-estar e justiça sociais, inclusive, são claramente os fins últimos da Ordem Social estabelecida na Constituição Federal de 1988, conforme se depreende da literalidade do artigo 193. Nesse aspecto, a seguridade social revela ter certa prioridade no Brasil, por ser o primeiro dos direitos sociais tratados no citado título e por ser o direito que mais está ligado ao combate das desigualdades, a partir de uma tributação incisiva sobre receita, faturamento e lucro do setor produtivo do país em benefício dos vulneráveis em geral e, principalmente, trabalhadores.

A Constituição estruturou a Seguridade Social, com orçamento próprio, como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (artigo 194), com o fito de efetivar a cidadania do povo brasileiro. Conforme afirmou Ulisses Guimarães, ao discursar na promulgação da Carta de 1988, o homem é problema da sociedade, pois sem salário, educação, saúde e moradia, não há cidadania. Ademais, o estado de direito, como consectário da igualdade, não pode aceitar conviver com o estado de miséria, deve envidar esforços para acabar com ela.⁵¹

Tendo como mote o resgate da “dívida social” do país, a fim de aproximar a sociedade brasileira das conquistas civilizatórias das democracias mais avançadas, a classe política do período da redemocratização tinha em mente uma aproximação do crescimento econômico com o desenvolvimento social. Na verdade, a política econômica só faria sentido com a incorporação de uma vasta estratégia de desenvolvimento social, que se concretizaria a partir das políticas públicas, especialmente as de assistência, previdência e saúde públicos.⁵²

Partindo-se da premissa de que a questão é mais social do que efetivamente econômica, é preciso que o Estado promova políticas públicas que garantam essa real melhoria de vida citada acima, alargando as liberdades, para que, repetimos, sejam ampliadas as condições de desenvolvimento da sociedade e, assim a democracia possa ser exercida na sua plenitude. Uma dessas liberdades que devem ser fomentadas pelo Estado é a de o indivíduo ter condições de evitar privações, com ênfase na importância da seguridade social, como instrumento de política pública responsável pelo resguardo dos vulneráveis e como meio de impedir que estes sejam levados à miséria extrema.⁵³

No que tange às conquistas de direitos, mesmo não tendo alcançado o grau máximo prometido na Constituição, é certo que chegamos em um ponto de não retorno.

⁵¹ GUIMARÃES, Ulisses. Discurso na sessão de encerramento dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituante-19871988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 20 junho 2019.

⁵² GIMENEZ, Denis Maracci. Democracia e a Previdência Social no Brasil. **Carta Social e do Trabalho**, Campinas, n. 33, jan./jun., p. 59-68, 2016.

⁵³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 1. ed. 5. reimpressão. São Paulo: Companhia de bolso, 2016, p. 16.

Uma volta às bases do Estado Mínimo é impensável, contudo, não se pode olvidar que é possível fazer uma reavaliação dos sistemas de arrecadação, para a busca da maximização do seu produto na aplicação da manutenção do Estado.⁵⁴

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção social abordada como simples benesse estatal, e não como um direito fundamental tão importante quanto os direitos individuais, corre o risco de se passar por apenas mais um instrumento gerador de déficit orçamentário. É sabido que a seguridade compreendida assim facilita a aceitação popular de reformas que visem o corte de gastos e a “comoditização” da proteção social, em prol de interesses neoliberais.

A tributação em geral não existe como um fim em si mesmo, existe para assegurar o pacto social e todos os direitos e deveres que advém desse compromisso. O finalismo das contribuições de Seguridade Social foi estipulado constitucionalmente como uma segurança maior da utilização do produto da sua arrecadação para a elevação do bem-estar social e desvirtuar seu sentido fere de sobremaneira o sentimento de união que deve prevalecer dentro da sociedade. Por isso, o direito à seguridade deve ser fortalecido, de forma que os representantes do povo compreendam a sua importância e passem a priorizá-lo para que o Estado possa crescer não só economicamente, mas também – e principalmente – em qualidade de vida, para que a população brasileira possa exercer a democracia em maiores condições de igualdade e qualidade de vida.

A solvabilidade do Estado não pode ser desprezada, isso é certo. No entanto, tendo a seguridade como um direito fundamental e essencial para a promoção da justiça, antes de buscar a reforma do sistema de concessão de benefícios previdenciários, é necessário que se busque a maximização das receitas existentes. Ademais, evitar desvios na arrecadação do orçamento da Seguridade Social é um imperativo constitucional e de retidão administrativa.

6. REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL E FUNDAÇÃO ANFIP DE ESTUDOS DA SEGURIDADE SOCIAL E TRIBUTÁRIO. **Análise da Seguridade Social 2015**. 16. ed. Brasília: ANFIP, 2016.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. São Paulo: LTR, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://app.vlex.com/#sources/12806>. Acesso em: 15 jun 2019.

⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANDÃO, Leonardo e SILVA, Michel Honório da. A emergência do neoliberalismo no Brasil: um estudo sobre a revista *Veja* no contexto das eleições presidenciais de 1989. **Revista Estudos em Comunicação**, [s.l.], n. 24, p. 27-42, 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia, estado social e reforma gerencial. **Revista de administração de empresas**, São Paulo, v. 50, n. 1, p. 112-116, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902010000100009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jun 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção — O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus O. G.; CORREIA, Érica P. B. (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 11-32, 2015.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. **Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Comentário ao artigo 193. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 4080-4101, 2013. *E-book*.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DERZI, Misabel Abreu Machado. In: BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, atualização de. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FAGNANI, Eduardo. A Previdência Social não tem déficit. **Revista Política Social e Desenvolvimento**, [s.l.], p. 14-21, dez. 2015. As demandas sociais da democracia não cabem no orçamento? Parte II. Disponível em http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Revista_28.pdf.

FALEIROS, Vicente de Paula. **A política social do Estado Capitalista**, 8. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

FERRAZ, Fernando Basto et al. A desvinculação das receitas da união (DRU) e a efetivação de direitos fundamentais sociais. In: **Direitos fundamentais sociais na contemporaneidade**, São Paulo: LTr, p. 15-30, 2014. Disponível em <https://app.vlex.com/#BR/vid/537411946>.

FUKUSHIMA, Kátia Alves. A política social do governo Chávez e a democracia venezuelana: quais os avanços? **Mural Internacional**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, jan-jun, p. 99-121, 2018.

GARCIA, Maria. Políticas públicas e normas programáticas: a efetividade da Constituição, a Administração Pública e o Estado de Direito. In: GARCIA, Maria (Coord.). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 19, nº. 76, jul-set, p. 101-112, 2011.

GENTIL, Denise Lobato et al. Uma análise não convencional para o financiamento da Previdência Social no Brasil: aspectos teóricos e evidências empíricas. In: PUTY, Cláudio Alberto Castelo Branco; GENTIL, Denise Lobato (Org.). **A Previdência Social em 2060: As inconsistências do modelo de projeção atuarial do governo brasileiro**. Brasília: ANFIP/DIEESE, 2017.

GIMENEZ, Denis Maracci. Democracia e a Previdência Social no Brasil. **Carta Social e do Trabalho**, Campinas, n. 33, jan./jun., p. 59-68, 2016.

GUIMARÃES, Ulisses. Discurso na sessão de encerramento dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituin-te-19871988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, 16. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GOMES, Cláudia Maria Costa e ROJAS, Gonzalo Adrián. Crise orgânica, governos e seus impactos na América Latina. **Em Pauta – Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 39, v. 15, 1º Semestre, p. 17-32, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direito Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Livraria Almedina, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PENNAFORTE, Charles. De Chávez a Maduro: a Venezuela sob ataque contra antissistêmico?. **Revista Intellector**, Rio de Janeiro, v. XI, ano 21, jul-dez, p. 42-68, 2014.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Ed digital. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SALVADOR, Evilasio da Silva. O desmonte do financiamento da seguridade social em contexto de ajuste fiscal. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 130, set-dez, p. 426-446, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0101-6628.117>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1213-1226, 2018. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano I, v. I, nº 4, jul., p. 1-22, 2001. Disponível em: <http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/retrocesso-fundamental-propriedade-59632193>.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 1. ed. 5. reimpressão. São Paulo: Companhia de bolso, 2016.

OLIVEIRA, Thiago e FERRAZ, Alexandre. Programa Seguro-desemprego: qual a reforma necessária? **Revista Política Social e Desenvolvimento**, [s.l.], p. 28-37 dez. 2015. As demandas sociais da democracia não cabem no orçamento? Parte II. Disponível em: <https://revistapoliticasociale desenvolvimento.com/2015/12/24/a-democracia-nao-cabe-no-orcamento-parte-ii/>.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – Why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 1999.

TAVARES, Marcelo Leonardo e SOUSA, Ricardo José Leite. O Princípio Da Solidariedade Aplicado À Previdência Social. **Revista Jurídica (0103-3506)**, [s. l.], v. 1, n. 42, p. 277-293, 2016. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&A N=113852823&lang=pt-br&site=eds-live>.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.) **Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. Comentário ao artigo 165. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. *E-book*.

TSUTUYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Instruções para autores

*Instructions for authors**

1. SUBMISSÃO DE ARTIGOS

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado **nesta link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. QUALIFICAÇÃO DOS AUTORES

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. INEDITISMO E EXCLUSIVIDADE

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também

English version available at: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. In the right menu, in the field IDIOMA, select "English".

Versión en Español disponible en: <http://revistas.ufpr.br/rinc/about/submissions>. En el menú a la derecha, en el campo IDIOMA, seleccionar "Español".

poderão tê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. IDIOMAS

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

5. APRESENTAÇÃO DO TEXTO E ELEMENTOS PRÉ-TEXTUAIS

5.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

5.1. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

5.2. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

5.3. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

5.4. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

5.5. A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

5.5.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

5.5.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

5.5.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

5.5.4. Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

5.5.4.1. Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

5.5.4.2. Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se

vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.5.4.3. Indicação de endereço de e-mail para contato.

5.5.4.4. Recomenda-se aos autores que informem o número de identificação ORCID (para maiores informações [clique aqui](#)). O identificador ORCID pode ser obtido no **registro ORCID**. Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa (por exemplo: <http://orcid.org/0000-0002-1825-0097>). Nesse caso, tal informação deverá constar logo abaixo da indicação do e-mail de contato.

5.5.4.5. Os quatro elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.6. Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecedidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. METODOLOGIA CIENTÍFICA

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In:

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito**, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil’s administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito**: subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um

parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. REDAÇÃO

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. ARTIGOS RESULTANTES DE PESQUISAS FINANCIADAS

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. DECLARAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantêm os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas,

bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. RESPONSABILIDADE DOS AUTORES

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. CONFLITO DE INTERESSES

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista ad hoc.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. OUTRAS INFORMAÇÕES

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

12.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.