

Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**

Electronic Law Review in the field of Procedural Law

<http://www.civilprocedurereview.com>

Vol.5 – N°2 – may/aug. 2014



Summary

Vol.5 – N°2 – may/aug. 2014

ARBITRATION ON FAMILY MATTERS AND RELIGIOUS LAW: A CIVIL PROCEDURAL LAW PERSPECTIVE

LAURA BACCAGLINI p.3

PROCEDURE FOR THE ENFORCEMENT OF DOMESTIC ARBITRAL AWARDS IN NIGERIA

KUNLE AINA p.22

RECONSTRUÇÃO DO INTERESSE RECURSAL NO SISTEMA DE FORÇA NORMATIVA DO PRECEDENTE (RECONSTRUCTION OF THE RIGHT TO APPEAL IN THE BRAZILIAN PRECEDENTS SYSTEM)

JÚLIA LIPIANI p.45

TRIANGULO DA VIOLÊNCIA ARGUMENTATIVA - CORTES SUPERIORES, SUPREMAS E CONSTITUCIONAIS: DECISÃO MONITORADA EM UMA DEMOCRACIA MONITÓRIA

(TRIANGLE OF ARGUMENTATIVE VIOLENCE- SUPREME, SUPERIOR AND CONSTITUTIONAL COURTS: DECISION MONITORED IN A MONITORY DEMOCRACY)

THIAGO SANTOS AGUIAR DE PÁDUA p.73

CONSIDERACIONES EPISTEMOLÓGICAS RESPECTO DEL RESGUARDO CAUTELAR DE LA PRUEBA (EPISTEMOLOGICAL CONSIDERATIONS ON PROVISIONAL MEASURES TO SECURE EVIDENCE)

ADRIÁN POLANCO POLANCO p.143



Arbitration on family matters and religious law: a Civil Procedural Law Perspective*

Laura Baccaglino

Professor at the University of Trento, Italy

Abstract: The paper aims to discuss the limits and possibilities of family arbitration between common law and civil law. To examine which grounds eventually can bar the effects of awards on family matters, when they are governed by a religious law, we particular notice will be given to some European countries (Italy, German and France), which are commonly regarded as having Civil Law, and some US states, Canada and the United Kingdom, as examples of Common Law.

Keywords: Arbitration. Family matters.

Summary: 1. Preliminary remarks. – 2. The ground of “arbitrability of a dispute” as a form of State control over arbitration. – 3. The constrained attitude of Civil Law Systems towards family arbitration: to what extent do provisions that bar family arbitration apply? – 4. Whether and how to arbitrate family disputes in Common Law: is there any place for faith-based arbitration? 5 – The recent Canadian experience in Ontario and the current debate in England. The concern for respecting public policy.

* The paper reproduces the contents of the report, made at Trento Faculty of Law on 16 May 2014, during the Conference “*Citizenship, equality and personal Laws in Northern Africa and Middle East: which prospects for sustainable Legal Pluralism in Europe?*”.



1. Preliminary remarks

The exercise of jurisdiction by arbitrators according to a religious law, is not a recent phenomenon. In the commercial field, there are a large number of cases, where parties appoint arbitrators of the same religious faith, asking them to adjudicate disputes under a specific religious law or principle¹. As a matter of fact, choice of judges and choice of applicable law are typical of those who opt for an arbitral proceeding instead of a judicial one: parties to a dispute are free to decide who can resolve their disputes, provided there are safeguards that are necessary in the public interest, as most Arbitration Acts provide.

This paper will analyse the phenomenon of faith-based arbitration, for disputes other than commercial ones. More precisely, attention will be drawn to family matters, which “broadly present a very narrow degree of openness to private dispute resolution in Law Systems”, due to the fact that, normally, the State retains an interest in marriage and divorce².

The issue of faith-based family arbitration is current and of great importance, as the heated debate in the Canadian systems and the United Kingdom reveals³. In those systems, academic scholars and even politicians have strongly argued over whether or not to recognise the decisions of Sharia Councils: they represent a kind of Islamic arbitral tribunal that decides divorce, patrimonial disputes between spouses, child custody and inheritance, in accordance

¹ Faith-based arbitration in the commercial field is a common praxis in the Jewish and Islamic communities. Grounds that prevent US courts from enforcing commercial arbitration awards are explored in Pengelley, *Faith Arbitration in Ontario*, in *Vildobona J. Int'l and Commercial Law and Arbitration*, 2005, 113 s. Recently, the English Supreme Court overruled a judgement by the London Court of Appeal (*Javrai c. Hashwani* [2010] EWCA Civ. 712) and held that an arbitral agreement, under which parties provided the arbitrators to be chosen among the Ismaili community, would not be discriminatory at all, due to the fact that parties can choose arbitrators in whom they have confidence, and who have the technical expertise to resolve a dispute. English Supreme Court, 27 July 2011 [2011 UK SC. 40], in *Riv. Arb.*, 2012, 621, commented by F. Marella, *Arbitrato, diritti umani e religiosi*; see also, Leben, *L'arbitrage par un tribunal rabbinique applicant le droit hébraïque*, in *Rev. arb.*, 2011, 87 ff.

² J. Bowen, *How Could English Courts Recognize Shariah?*, in *University of St. Thomas Law Journal*, 2010, 3, 411. As for now, one should specify that the Islamic religious law is not uniform, because of differences among several Muslim schools of thought.

³ Referring to “Canadian systems” instead of “Canadian system” seems appropriate, since in Canada family law is normally regulated by state (not federal) rules: this is why in a same country, statutory laws can be different. The same conclusions apply to the US: see, § 5).



with Islamic Law⁴. The growing spread of such religious tribunals in Canada and the United Kingdom depends on large-scale immigration of Islamic people to those countries⁵. At any rate, the concern is not strictly related only to Canadian or English attitudes towards Islamic family arbitration: more generally, the issue is whether, when and how religious awards on family disputes could be binding in secular law systems.

Generally speaking, there are several reasons that cause people to choose religious jurisdiction in resolving family disputes. On the one hand, the ground could be institutional. Sometimes, the State itself allows religious courts to exercise jurisdiction on personal status matters, with effects in country: it regularly happens in so-called multiple jurisdictional systems, such as Israel. On the other hand, there are reasons for preferring religious means to civil ones: people of some religious faiths (such as Islam), who live in States other than of those of their origin, normally reject the authority of secular institutions, considering Islamic Law as binding even outside the boundaries of Islamic countries. Muslim communities feel more comfortable referring their matters to their religious Courts, which operate as private judges in their country of residence deciding according to principles of Islamic law⁶. As a matter of fact, these

⁴ The existence of religious Tribunals that settle family law matters is by no means typical only of Islam. Another example is the Rabbinic Tribunal (or Beth Din), which is normally asked to certify divorce (known as *Get*) between Jewish spouses (according to Judaism, divorce is reached by a mutual consent of the spouses who nonetheless need a *Get* issued by a Rabbinic Tribunal for the divorce to be lawful under Jewish law). In addition, Beth Din can resolve other family disputes (which can pertain to patrimonial rights between spouses, often arising from the dissolution of a marriage). Even the Roman Catholic Church provides jurisdictional institutions (Sacra Rota tribunal), which are authorised to annul religious marriages. Anyway, a difference exists between Roman Catholic Tribunals, on the one hand, and the Beth Din or Sharia Councils on the other. The key fact is that the Catholic marriage cannot be dissolved without a statement of the Tribunal, while the Beth Din has only the duty to certify the will of the spouses to dissolve a Jewish marriage. As to Islamic marriage, a man can dissolve a marriage unilaterally, while a woman has to bring a suit before a religious Court to obtain a divorce.

⁵ As a scholar reported, recent estimates reveal there are at least 85 Islamic Arbitration Tribunals currently operating throughout the United Kingdom; see D. MacEoin, *Sharia Law or "One law for all"?*, London, 2009, 69.

⁶ R. Maret, *Mind the Gap: The Equality Bill and Sharia Arbitration in the United Kingdom*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2013, 36, 260, observes that "Though many Sharia arbitration proceedings occur without the involvement of British civil law, the community-based system is heralded by many as helping to preserve minority cultures and community values". Many Muslim immigrants, unfamiliar with the formalities of English legal proceedings, may appreciate arbitration tribunals that are more flexible and do not require the execution of many legal formalities. As a scholar has noted, one of the main benefits of community-based dispute resolution systems - like those of the Sharia courts in England - "are their ability to secure the authority of the local, common people in the formulation and application of Islamic law as opposed to a remote, centralized authority dominated by professional jurists and scholars". See R. Adhar - N. Aroney, *The topography of Shari'a in the Western Political Landscape*, in *Shari'a in the West*, 1, 1.



alternative dispute resolution means – especially favoured in the family law field – ensure that decisions are recognised among religious members, as if a Court of their country of origin had ruled upon them⁷. At the same time, however, Muslims claim to use secular law of their country of residence in order to recognise and enforce those decisions in the State⁸. While, for reasons mentioned later, some Canadian systems annul familiar awards, if they have been granted under a law other than a Canadian one, the United Kingdom has not yet taken an explicit stand.

The subject is certainly interesting from a constitutional law perspective, as it represents a form of multiculturalism that demands to be recognised in terms of legal pluralism⁹; however, the matter needs to be investigated also from a civil procedural law point of view: there is no doubt that the recognition of religious awards, on family law matters, depends above all on whether and how statute laws allow those disputes to be settled by arbitration.

This is what the paper mainly endeavours to explore, with the aim of examining later which grounds eventually can bar the effects of awards on family matters, when they are governed by a religious law; particular notice will be given to some European countries (Italy, German and France), which are commonly regarded as having Civil Law, and some US states, Canada and the United Kingdom, as examples of Common Law.

The meaning of the phrase “family matters” should be immediately specified, as it involves several classes of disputes: among others, those strictly related to divorce or legal separation (i.e. questions which pertain to the change of personal status); patrimonial disputes between spouses (during marriage or as a consequence of the dissolution of marriage: maintenance and/or alimony); patrimonial disputes between spouses (like child custody, after the dissolution of the marriage); claims arising from unions which are not recognised by countries (even *more uxorio* relationships, between people of the same sex); inheritance

⁷ J. Bowen, *How Could English Courts Recognize Shariah?*, cit., 418.

⁸ It could be the case of Sharia Council’s *order* of payment or an *order* to return assets that the wife/husband has received from the other according to the statement of those religious arbitrators.

⁹ See, among others, Yilmaz, *The Challenge of Post-modernity Legality and Muslim Legal Pluralism in England*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2002, Vol. 28, 343 ff.



claims. The analysis focuses only on disputes that involve rights and the legal positions of the spouses at the moment of the breach of marriage: (i) change of personal status; (ii) disputes relating to child custody; (iii) division of assets belonging to spouses.

2. The ground of “arbitrability of a dispute” as a form of state control over arbitration

As a preliminary remark, one should observe that family arbitration raises different issues from those which occur when the judgements of foreign civil courts (on the same subjects) demand to be recognised abroad: in both cases, the enforcing state can bar the recognition of (private or judicial) judgements, unless certain grounds are met. At any rate, the exercise of jurisdiction by a foreign (secular) court is the only one that cannot be barred at all. The situation is different for arbitration, as it represents a form of private jurisdiction - that is to say: a manner of limiting the jurisdictional power of Civil Courts. This is why there is a proper control of the State over arbitration, basically preventing some matters being referred to arbitration or an award being refused, if the state has ruled on them.

Therefore, there are countries whose statutory laws expressly indicate which subject matters must be decided only by judicial courts: this approach is typical of civil law systems, which adopted the method of the so called *ex ante* control¹⁰. Conversely, there are legal systems whose Arbitration Acts do not specifically identify disputes which are not open to arbitration¹¹. In the latter case, the control is demanded of judicial courts, once the award is delivered. Precisely, if the private judgement is appealed or if the party needs to enforce it, it is

¹⁰ F. Perret, *I limiti dell'arbitrabilità*, in *Riv. arb.*, 1994, 677 ff. and P. Schlosser, *Die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes – eine rechtsvergleichende und internationalrechtliche Studie*, in *Festschrift für Hans W. Fasching*, Wien, 1988, 405 ff.

¹¹ In this sense, see for instance section 81 of English Arbitration Act of 1996 (*Saving for certain matters governed by common law*) according to which “Nothing in this Part shall be construed as excluding the operation of any rule of law consistent with the provisions of this Part, in particular, any rule of law as to (a) matters which are not capable of settlement by arbitration; ...or (c)the refusal of recognition or enforcement of an arbitral award on grounds of public policy”. Identification of subject-matter disputes are traditionally demanded to Common Law.



up to the courts to decide whether the awards respect “safeguards necessary in the public interest” (the approach of the so called *ex post* control)¹².

Although the ground of “non-arbitrability” of a dispute technically defers from public policy, there is no doubt that the former regards matters which have a strong (and public) impact on society¹³. In other words, the conditions are different but partially reflect the State’s attitude towards controlling such disputes.

It is not by chance that, despite technical differences among legal systems, an award can have legal effects in the eyes of the State, provided at least two grounds are met: on the one hand, the subject matters, which the award decides upon, should be capable of settlement by arbitration; on the other hand, the award should be in harmony with public policy. The grounds, which have been just referred to, are not of the same importance: firstly, there is a prejudicial concern over the exercise of arbitral jurisdiction; secondly, provided that it occurs, it needs to be verified whether or not public policy would have been respected by the arbitral proceeding.

Therefore, for the purposes of this paper, one should prejudicially investigate whether family disputes, as specified above, are capable of settlement by arbitration under the law of the state where the award would have effect. Supposing that it occurs, then it is a matter of identifying what other questions arise when a religious award has been delivered: over and above all, the concern is whether the arbitral proceeding or the award has violated public policy.

This methodological approach applies irrespective of whether or not the award is domestic: that is to say, whenever the seat of arbitration was fixed (inside or outside the state’s boundaries). Assuming that a domestic award cannot be delivered on a certain subject matter,

¹² A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato, II, Le materie compromettibili*, Torino, 1999, 81; B. Zuffi, *L’arbitrato nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell’arbitrato e sull’imparzialità dell’arbitro in Inghilterra*, Torino, 2008, 51. It’s worth specifying that the category of “arbitrability of a dispute” is typical of Civil Law systems, but not of Common Law, although the concept has been accepted in the conventional language of international arbitration, such as the New York Convention of 1958).

¹³ F. Perret, *I limiti dell’arbitrabilità*, cit., 678.



the same solution applies when the award is a foreign one. Thus, a foreign enforcing country can refuse to recognise the award, if the subject matter is not capable of settlement by arbitration, under its own law. This is a common conclusion, drawn by the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, adopted in 1958, and signed by most nations. According to art. V, subsection 2, let. (a) of this Convention, the proper authority in the country where recognition and enforcement of award have been sought, should refuse to give effects to the award if the subject matter cannot be referred to arbitration under the laws of the enforcing state¹⁴.

As a prerequisite to applying the New York Convention, the decision can be considered as a binding award, in a proper sense: in other words, it shall be a private judgement with the same effects as a court order. As we will examine, the qualification has a certain importance especially in the field of family law, where firstly it is a matter of distinguishing between voluntary arbitration and other forms of alternative dispute resolutions, like mediation or med-arbitration; secondly, regardless of the label “award”, one should wonder whether the arbitral statement, which Law considers as equal to a contract, could be equally inside the scope of the New York Convention¹⁵.

¹⁴ D. Otto- O. Elwan, Sub Art. V (2), in H. Kronke, P. Nascimento, D. Otto, N.C. Port. *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. A Global Commentary on the New York Convention*, Austin – Boston – Chicago – New York – The Netherlands, 2010, 349.

¹⁵ The concern of a proper qualification of the award has been strongly debated in Italy, among scholars and courts: the question relates to the so called *arbitrato irruale* (or *arbitrato libero*), whose origins date back to an old case law (Cass. Torino, 27 December 1904, in *Riv. Dir. Comm.*, 1905, II, 45). Although this kind of arbitration has been recently ruled in Italian c.p.c. by L. 40/2006 (by the new art. 808-ter Italian c.p.c.), the new provisions did not change the authentic nature of *arbitrato libero*, which have always been regarded as a means of resolving disputes by an award, which is binding between parties as if it were a contract. Accordingly, this kind of award cannot be enforced in Italy as a judgement by means of a court *exequatur* and, for the same reason, it cannot be challenged before national courts, under art. 829 c.p.c. (i.e.: appeal before Court of Appeal). These features have real consequences even in an international perspective: precisely, the concern is whether the recognition and the enforcement of such an award are inside the scope of the New York Convention of 1958. Italian scholars are not of the same opinion; there are those who strongly argue that this kind of judgement cannot be recognised abroad as something different from what it represents in the State of origin: if the so called *lodo libero* is regarded as contract in Italy, the same conclusion should be reached when the award would have effects abroad (this is argued by E.F. Ricci, *Il lodo arbitrale irrituale di fronte alla Convenzione di New York*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 599; G. Verde, *Arbitrato e giurisdizione*, in *L'arbitrato secondo la legge 28/1993*, Napoli, 1985, 1970; recently, M. L. Serra, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, forthcoming, § 9; see also Ravidà, *La circolazione internazionale del “nuovo” lodo irrituale italiano nel sistema della convenzione di New York*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino,



3. The constrained attitude of Civil Law Systems towards family arbitration: to what extent do provisions which bar family arbitration apply?

Statutes in Civil Law systems show a very restricted approach to the arbitration on family matters. In Italy, France and Germany, there is a common trend of considering marital status and questions which pertain to child custody as something not to be settled by arbitrators. As for Italy, reference shall be drawn to art. 806 c.p.c., which has been recently amended by Statutory Law n. 40/2006. Actually, the foregoing provision expressly ruled out personal status and matters concerning legal separation and divorce from arbitration, while art. 806 c.p.c., currently in force, generically opts for a criterion whereby arbitration does not work if the subject matter regards rights or law positions upon which parties cannot decide by agreement. Therefore, nothing has changed compared to the past, as marital status and child custody have always been considered something which parties can decide upon¹⁶.

2008, 579 ff., according to which the new provisions of L. 40/2006 should allow the recognition even of a “*lodo irrituale*” (in so far as they stress the application of *audiatur et altera pars* principle providing grounds of appeal of this kind of award, which are strictly related to the conduct of the proceeding). There are few foreign case laws which deal with the question of recognition of this peculiar type of Italian award: some of them reach the same outcome as the narrow approach of Italian scholars. Reference is to BGH, 8.10.1991, in *Yearbook*, 1983, p. 366; and in *ZFRV*, 1983, commented by Bajons: the German judgement is particularly interesting, in so far as it identifies the reason for the refusal of recognition on the grounds that the contractual nature of the award can prevent it from being considered binding, under art. Y, co.1 let. e) New York Convention. However recent judgements of American Courts seem to upset this approach, by allowing a *lodo irrituale* to be recognised in the US, in the same way as a *lodo rituale*. The case law is *Spier v. Calzaturificio Tecnica, s.p.a.no. 86 civ. 3447* (CHS) District Court for the Southern District of New York, 663 F.Supp. 871, 1987; U.S. Dist. Lexis 5789. Here, the petitioner filed a motion to enforce in the US an Italian *lodo irrituale*, delivered in Italy. Although the motion was dismissed, on the grounds that the award was set aside in Italy, the case law was interesting because the New York Court seems to consider even the arbitral proceeding, which is *irrituale*, as capable of giving binding award, under the scope of the New York Convention. Anyway, there has been a favourable stand on the so called Italian *irrituale* arbitral proceeding by American Courts (*Gidatex s.r.l. v. Campaniello Ltd., Campaniello Imports of Florida Ltd. and Campaniello Enterprises Inc.*; 97 Civ. 9518 SAS, 13 F. Supp. 2d 420; 1998 U.S. Dist. Lexis 8663), which apply New York Convention to an Italian arbitral agreement in favour of so called *irrituale* arbitration.

¹⁶ See, among others, E. Zucconi Gali Fonseca, *Arbitrato e famiglia: una via possibile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 143 ss; Cass., 12 august 1954, n. 2942, in *Foro it.*, 1955, I, 1526 and in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, 297, commented by A. Motta, *Clausola compromissoria e questioni di separazione tra coniugi*; V. Andrioli, *Commentario al c.p.c.*, IV, Napoli, 1964, 755; Vecchione, *Nullità ed inesistenza del compromesso in arbitri relativo ai rapporti patrimoniali tra coniugi separati*, in *Foro Pad.*, 1953, c. 536; A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, cit., 21.



French and German approaches are quite similar: as for the former, art. 2060 of the Civil Code rejects arbitration on issues concerning personal status, divorce and legal separation between spouses¹⁷; as for the latter, § 1030 ZPO allows arbitration only on patrimonial disputes, while § 1564 BGB provides an exclusive judicial court jurisdiction on divorce.

It is a common belief that the constrained attitude of Civil Law Systems towards arbitration in family matters reflects how they consider personal status: one should observe that, in a civilian perspective, the distinction between what is (or is not) referred to arbitration is based on the criterion of “parties’ disposition of a right”; that is to say that a right or a legal position can be referred to arbitration with the proviso that parties can submit an agreement upon this right, deciding to transfer it to someone or to make a settlement¹⁸. Personal status has always been considered as a crossover between private and community, a matter upon which a State wants to exercise the entire control, so that disputes are to be decided only by courts¹⁹. After all, it is not by chance that under art. 70 c.1 n. 2) of Italian c.p.c. the public prosecutor must take part in jurisdictional proceedings that involve personal status.

Scholars observe that, despite the growing forms of uncontested divorce, continental European countries tend not to complete “the transition from de-institutionalization to de-jurisdictionalization of divorce”²⁰, in so as far the intervention of a third (judicial or administrative) authority is still mandatory in every form of divorce.

This is why, in a *de iure condito* perspective, there is no place for giving legal effect to arbitral family judgments. Accordingly, parties’ agreement to arbitrate this kind of disputes has no legal force in the eyes of the State and, consequently, any award, delivered in breach of law,

¹⁷ About the French legal system’s approach to family arbitrations, see Mallet-Bricourt, *Arbitrage e droit de la famille*, in *Droit et patrimoine*, 2002, p. 59; see even A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, cit., 33.

¹⁸ A serious reflection on the concept of “parties disposition of the right” in C. Consolo, *Sul campo “dissodato” della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, spec. 252-255.

¹⁹ W.G. Friedman, *Some reflections on Status and Freedom*, in *Concepts of Jurisprudence, Essays in Honour of Roscoe Pound*, Indianapolis-New York, 1962; P. Rescigno, *Situazione e status nell’esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 1, 211; 211; G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993, 29.

²⁰ A. Madera, *Civil and Religious Law concerning Divorce: the condition of Women and their empowerment*, in *Journal of Law and Family Studies*, 2010, 12, 385.



will be set aside by Courts, regardless of whether the law of arbitration was a religious one or the arbitrators are of the same religious faith.

However, it is worth pointing out that according to those statutory laws there is an exclusive civil court jurisdiction only upon issues that are strictly related to marital status or child custody. Conversely, it is a common opinion of Italian academic scholars and courts that disputes of maintenance or, generally, patrimonial rights that arise from the dissolution of marriage (i.e. division of assets between spouses) could be settled by arbitrators, even though cases laws are very few and dated²¹. This is also the German point of view, as § 1030 ZPO expressly confirms.

Therefore, an award could have legal effects in legal systems, if the patrimonial dispute arose between spouses after a (secular) judgement of divorce, or if the spouses had chosen to refer some disputes over distribution of assets to arbitration, at the time of the divorce claim before a judicial court. When such cases occur, there are no reasons for preventing parties from preferring arbitration: they are allowed to appoint arbitrators of the same religious faith and the arbitral proceeding can be regulated by particular religious laws or principles. The award that will be eventually delivered will be enforced in the state provided other grounds for recognition are met (at least respect of public policy).

Lastly, one should analyse the case of an award, which settles both upon dissolution of a marriage and patrimonial rights: while the statement upon the former issue cannot have effects, for reasons mentioned above, the concern is whether or not to recognise the mere statement about patrimonial rights. It is my opinion that the negative solution should be preferable, since one part of a private judgement upon patrimonial rights depends on the other part, which judges upon matters that cannot be referred to arbitration.

²¹ There are very few case laws that have ruled on this issue, but courts seem to allow spouses to arbitrate the amount of child maintenance, after a judicial separation. Cass., 12 August 1954, 2924 (cited above nt.18) is one of the very few case laws pertaining to family arbitration. The Italian court held that spouses, after a judicial separation, could refer the amount of child maintenance to arbitration (while the issue of whether they do must be judged only before judicial courts). Contra, U. Azzolina, *Sulla compromissione in arbitri di controversie patrimoniale pertinenti alla separazione dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, c. 1069 ff.



If such is the situation, there is not great freedom to invoke arbitration in family matters in Civil Law countries, where they seem to have a very limited scope, although German courts have been experiencing the application of Sharia law²².

4. Whether and how to arbitrate family disputes in Common Law: is there any place for faith-based arbitration?

The stand of Common Law systems on family arbitration appears at first sight quite different from that of Civil Law ones: there, family disputes seem to be considered as capable of settlement by arbitration and there are several types of arbitration (med-arb, arb-med, court-ordered arbitration, and voluntary arbitration) with different effects in law systems²³.

Actually, the approach of Common Law towards family arbitration is uniform: a critical analysis reveals many differences among countries on whether to recognise (and how to regulate) arbitration on family matters.

More in detail, as for subject matters that arbitrators can decide upon, the scenario appears as follows: broadly speaking, Common Law countries prevent arbitration for divorce and child custody matters but make spouses free to resolve patrimonial disputes before arbitrators, as happens in Civil Law (see, for instance, North Carolina, Canada, Australia, United Kingdom)²⁴. Anyway, there are even countries where divorce could be judged before arbitrators

²² Case laws are related to the application of the *mahr* before judicial courts. The *mahr* is a legal institution of Islamic family law, consisting of an asset of monetary value that the husband gives his wife upon marriage. Usually, *mahr* is partially due at the time the marriage is concluded and partially it should be paid during the marriage (at least, when it is dissolved). German case law refers to the contested payment of *mahr*, when a (civil) divorce was before courts: thus, this was not a matter of recognising a religious divorce award. See BGH, 28 January 1987, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1987, 463-464 and BGH, 9 December 2009, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, 2010 289-299, both reported in N. Yassari, *Understanding the Use of Islamic Family Law Rules in German. The example of Mahr*, in M.S. Berger, *Applying Shari'a in the West - Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West*, Leiden, 2013, 165 ff.

²³ See J. Wade, *Arbitration of Matrimonial Property Disputes*, in *Bond Law Review*, 1999, 395 ff.

²⁴ The State of California shows a very narrow approach, as only patrimonial disputes should be referred to arbitrators (see art. 2554 of California Family Code). G. Walker, *Arbitrating Family Law Cases by agreements*, in



while child custody must be decided only by a State court (this is the legal approach of Indiana)²⁵.

Moreover, important differences arise in the regulation of family arbitration: while some States provide a Family Arbitration Act (e.g. North Carolina or Indiana and Australia²⁶), others countries simply state specific rules to apply with general rules of arbitration (such as the District of Columbia in the US and British Columbia in Canada)²⁷.

At any rate, even the Common Law stand on faith-based family arbitration appears very constrained, although the issue of public policy seems to weigh more than the issue of the arbitrability of disputes.

To understand why, one should first reflect on how Common Law systems rule family arbitration, despite technical differences among their statutory laws: there is a deep awareness that arbitration in commercial disputes is different from family arbitration. While in the commercial field, the arbitral proceeding aims at speed and efficiency at the cost of minimum oversight, in the family scope the private judgement aims at protecting vulnerable persons and requires rigorous oversight at the risk of speed of efficiency²⁸. When family disputes occur, Arbitration Acts provide a lot of safeguards, which make the content and the governing of a family arbitration more constrained than those of other types of arbitrations. In Australia and

Journal of American Academy of Matrimonial Lawyers, 2003, vol. 18, 429
http://www.aaml.org/sites/default/files/Journal_vol_18-2-4_Arbitrating_by_Agreement.pdf.

²⁵ Family Arbitration Rules of Indiana can be read at <http://www.in.gov/legislative/ic/2010/title34/ar57/ch5.html>. See, E. Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze d'oltre confine*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, spec. 484.

²⁶ North Carolina was the first US State to adopt a specific Statutory Law on Family Arbitration Act (see <https://ncbar.org/media/20668/commissiontaskforcespecialreport.pdf>), in Walker, *Revised handbook: arbitrating family law cases under the North Carolina Family arbitration act, as amended in 2205*). For Indiana Family Arbitration Act of 2005, see J. W. Ruppert, M. G. Ruppert, *Recent developments: Indiana Family Act*, at <https://mckinneylaw.iu.edu/ilr/pdf/vol39p995.pdf>. As for Australia, see J. Wade, *Arbitration of Matrimonial Property Disputes*, cit., where the Author explains different types of arbitration that the Australian Family Law Act provides.

²⁷ On British Columbia: C. Morris, *Arbitration of Family Law Disputes in British Columbia: Paper prepared for the Ministry of Attorney General of British Columbia* July 7, 2004, in www.bcjusticereview.org; on the District of Columbia, G. Walker, *Cutting Edge Issues in Family Law: Family Law Arbitration: Legislation and trends*, in *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2008, 593 ff.

²⁸ L. Resnick, *Family Dispute arbitration and Sharia law*, <http://bccla.org/wp-content/uploads/2012/04/2007-BCCLA-Sharia-law.pdf> (2007) 3.



the US family arbitration acts and special provisions that apply to family arbitration (when it is submitted to commercial arbitration) expressly state that parties shall consciously agree to arbitration and be aware that alternatives to arbitration exist²⁹; parties shall know the potential outcomes of the awards and they must understand the laws of procedure governing the hearing and the legal framework of the award. Sometimes, statutory laws require arbitrators to have specific technicalities, so that parties can choose among arbitrators who have undergone specific training³⁰. Normally, parties will not be allowed to waive the existing right to appeal on a question of law, with leave of court³¹. In countries where family arbitration is ruled, the award is not always considered as equal to a civil court judgement³², as many States give to this private judgement the same effects of a contract³³: consequently, when it is a matter of recognising abroad those kinds of awards, one should wonder whether the New York Convention of 1958 applies. As some scholars have observed, the approach of Common Law systems reflects the States' will to give great weight to the public elements of private resolutions and to deny that such decisions be converted easily to court orders³⁴.

These very constricted requirements that Common Law systems provide for family arbitration seem to prevent faith-based family awards from having legal effects in the eyes of those countries, provided that the mandatory requirements of statute laws in conducting the proceedings are not met.

²⁹ Section 34-57-5-1 (b) of Indiana Family Act. E. Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze di confine*, cit., 494.

³⁰ As in Ontario (see Rule 3 of Ontario family Act). Indiana (see IC 34-57-5-5) and Australia (rule 67b Family Law Amendment Regulations 2001) specifically require arbitrators to have proper experience in the field of family law. See E. Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrato e famiglia nelle esperienze di confine*, cit., 496.

³¹ As in Ontario and Indiana.

³² This is the case of Australia, whose Family Law Act provides that the award is equal to a judicial court order.

³³ See Section 59.5 of Ontario Family Law Act, under which the family arbitration award may be enforced or set aside in the same way as a domestic contract.

³⁴ A.M. Predko, J. Gregory, *Family arbitration in Ontario. Recent Changes*, http://www.ulcc.ca/images/stories/2006_en_pdfs/2006ulcc0011_Family_Arbitration_in_Ontario.pdf, 5.



5. The recent Canadian experience in Ontario and the current debate in England. The concern for respecting public policy

Over and above, the crucial question which prevents faith-based family awards from having legal effects pertains just to the use of religious law, both with regard to applicable law and principles that govern arbitral proceeding: generally speaking, one should observe that there is an increasing concern that arbitral religious judgements, especially those which decide upon family matters, could violate public policy.

As remarked, “the public policy ground for *vacatur* could serve as an important constraint on the ability of religious arbitration courts to adjudicate disputes in accordance with substantive religious law”³⁵.

Actually, defining what is public policy is not an easy operation. It could be described as a set of principles, normally inferred by the Constitutional Law, which found the legal system, in a particular historical moment. This kind of principle represents the cornerstone of the ethical framework and social and economic life of the national community. Public policy pertains both to substantive law and procedural law (respect of human rights; equality of the parties before law and judge; right to be heard; equality to give evidence to the facts).

Thus, assuming that family matters should be capable of settlement by arbitration in a certain State, the award (even a faith-based one) should be binding in the eyes of a country if it is in accordance with its public policy. Therefore, one should wonder how arbitral proceedings, given under a certain religious law, are governed. Here, some examples will be given with reference to Islamic Law, reflecting a current debate in Canada and the United Kingdom.

The analysis of Muslim faith-based arbitrations on family matters shows how Muslim principles are far from the respect of the concept of public policy, which is current in Western countries. Islamic laws and practices regarding divorce provide examples of such issues³⁶. Thus,

³⁵ M.A. Helfand, *Religious arbitration and the new multiculturalism: negotiating conflicting legal orders*, in *New York University Law Review*, 2011, 86, 1258.

³⁶ The text refers to Islamic Laws, instead of Islamic Law, because Muslim faith principles are far from being considered a consistent body of rules in practice. This is why legal scholars and opinions have been different in the past and this diversity is reflected in the laws of states which, on the subject of personal status, apply Islamic



a Muslim male can dissolve a marriage by pronouncing his intention to do so three times in a prescribed manner. There are different ways of doing it, but in principle a man can divorce at will, even when he is advised to seek reconciliation. Conversely, women can apply for divorce under exceptional circumstances, though that does not mean that a woman can secure a divorce at will. Normally, she has to be ready to pay an agreed sum of money to the husband, who must agree to her proposal³⁷. Those provisions could be considered as antithetical to civil laws on monogamy and gender equality. Most importantly, discriminatory tools arise even in governing arbitral proceedings: as some scholars observe, the basis of arbitration (i.e. the voluntary agreement between parties) is usually not met, as Muslim women are often pressured by their families to go to a Sharia council, in order to obtain a decision that is accepted by their families' communities; in addition, according to Islamic principles, the testimony of a woman is valued at half that of a man³⁸.

Although divorce matters (strictly regarded) cannot broadly be referred to arbitration, nonetheless the disparity between men and women appears even in patrimonial disputes, which arise from the dissolution of a marriage and are decided before Sharia Councils.

One should remember that arbitral proceedings, as much as judicial ones, must comply at any rate with human rights standards concerning the right to a fair trial and countries are liable if basic standards are not met. Although the ECHR's judgement on Pellegrini vs Italy does not arise from an award, it is interesting to recall what the European Court of Human Rights ruled. The case involved a proceeding of annulment of a Roman Catholic marriage before an ecclesiastical court: so, a judicial proceeding in a proper sense, instead of a kind of arbitration governed by religious law³⁹. The petitioner (the ex-wife: defendant before religious court) had

principles. See M. Rohe, *The application of Shari'a Law in Europe: Reasons, scope and Limits*, at http://www.verenigingrimo.nl/wp/wp-content/uploads/Recht-van-de-Islam-23_03-Rohe.pdf, 53

³⁷ M.M. Keshavjee, *Islam, Sharia and Alternative Dispute Resolution, Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community*, London, 2013, 36.

³⁸ Zee, *Five Options for the Relationship between the State and Sharia Councils*, cit., 7-8; A. Madera, *Civil and Religious Law concerning Divorce: The Condition of Women and Their Emporment*, in *Journal of Law and Family Studies*, 2012, 12, 375.

³⁹ In 1984, the so called *Accordo di Villa Madama* modified the Lateran Treaty of 1929 (in force between Italy and the Roman Catholic Church): currently, a Catholic judgement of marriage dissolution has no automatic effect before the State, although religious marriage had been allowed to have civil effects. Judgements shall have effect



not been told of the nature of the proceeding in advance and was not allowed to read her husband's witness statements. The marriage had been dissolved by judgement, which was recognised before Italian courts. The European Court of Human Rights held that Italy was in breach of art. 6 of ECHR, just because "the Court should have refused to confirm the outcome of such unfair proceeding" and "failed in their duty to check that the applicant had enjoined a fair trial in the ecclesiastical proceeding"⁴⁰.

Providing that the same principles apply even to arbitration, the State could be in breach of Art. 6 of ECHR if it were to recognise religious awards – on subject matters that can be settled by arbitrators – which do not comply with human rights standards.

The recent experience in Ontario shows how topical that concern is. The Ontario Arbitration Act of 1991 (in force until 2006) allowed the parties to use a non-Canadian law, with a proviso that no arbitral ruling would violate Canadian Law; the Islamic community suggested the creation of a formal arbitral tribunal, to offer private dispute resolution – including family ones – based on Islamic personal law and according to the Ontario Arbitration Act. They claimed that its arbitral awards would be enforceable under the Act. The proposal raised a major concern especially among women's rights groups: the prospect of duress, the absence of informed consent to arbitration, and the subsequent loss or abuse of rights were the main factors that made Ontario revise several arbitral law provisions, in the Ontario Family Law Amendment. In 2004, the Government appointed the former Attorney General and former Minister of Women's Issues to examine the question. Although the report was basically in favour of faith-based religious awards⁴¹, new provisions opted for an opposite approach⁴². The Ontario Family Act, as amended in 2006, currently provides that any decision made by a third

in Italy, once they have been recognised before a court, under a summary proceeding, according to artt. 797 c.p.c. and art. 702 bis c.p.c. For the stand of Catholic religious dissolution of a marriage in a European and comparative perspective, N. Marchei, *Il Regolamento (CE) 2201/2003 e i concordati con la Santa Sede*, in S. Bariatti – C. Ricci, *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Milano, 2007, 51 ff.

⁴⁰ECHR, 20 July 2001, C 30882/96 can be read at [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59604#{"itemid":\["001-59604"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59604#{). See L. P. Comoglio, *Diritto di difesa e condizioni di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*.

⁴¹ Report can be read at <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/>.

⁴² N. Pengelley, *Faith Arbitration in Ontario*, cit., 111 s.; L. Resnick, *Family Dispute Arbitration and Sharia Law*, 2007, 1 ff.



party in family arbitration cannot be of effect if it has been delivered according to a law other than the law of Ontario, or other than the law of another Canadian province (section 59.2 (1) of Family Act)⁴³.

Among others, this is the most crucial provision for preventing faith-based family awards from having legal effects in Ontario. One should notice that, under statute laws of this State, people are allowed to resolve family disputes privately, except for personal status matters that belong to a public record, such as division of property and support payments, as a consequence of a marriage breach⁴⁴. Therefore, according to section 59.2 (1), mentioned above, the outcome seems to be of denying legal effects of family religious awards, although their subject matters – upon which they decide - are theoretically capable of settlement by arbitration.

In doing so, the concern for the respect of public policy seems to be rooted out, by preventing the parties from choosing the law under which the award should be delivered.

A similar restrained scenario appears in the US, as several state legislatures across the country recently avoided any decision issued by court or arbitral tribunal if such judgements are based upon laws, legal codes or systems that fail to grant parties the same fundamental rights accorded under the state or federal constitution⁴⁵.

⁴³ “When a decision about a matter described in clause (a) of the definition of “family arbitration” in section 51 is made by a third person in a process that is not conducted exclusively in accordance with the law of Ontario or of another Canadian jurisdiction, (a) the process is not a family arbitration; and (b) the decision is not a family arbitration award and has no legal effect.” See, <http://www.search.e-laws.gov.on.ca/en/isysquery/188a2cf6-b150-4fd6-89ef-4d0b7e272baa/11/doc/?search=browseStatutes&context=#BK71>.

⁴⁴ J. D. Gregory, A.M. Predko, J. Nicolet, *Faith based family arbitration: Uniform Law Conference of Canada*, 4. http://www.ulcc.ca/images/stories/2005_English_pdf/faith-based_family_arbitration_en.pdf

⁴⁵ See, M.A. Helfand, *Religious arbitration*, cit. 1233, nt. 4 and accompanying text. Here the author remarks on the experience of Oklahoma, where the state constitution was amended in 2010 by a referendum, with the outcome that state courts are banned from applying legal precepts of other nations or cultures, and particularly the courts shall not consider Sharia Law. Something similar happened in other US states: in 2011, many statutory laws precluded courts, arbitrators and administrative agencies from enforcing foreign laws or forum contract provisions that would not grant the parties the same rights and privileges available under the state or federal provisions (see for a list of States, M.A. Helfand, *ibidem*).



The debate that raged in Canada on Islamic family arbitration exploded in the United Kingdom some years later⁴⁶, for very similar reasons: mass immigration, on the one hand, and the general principles outlined in Part I of the Arbitration Act 1996, on the other hand. More in detail, section 1 of the Statute specifies that parties to arbitrations “should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest”. As a scholar observed, the key fact is that, under section 46, parties are free to choose for disputes to be decided “in accordance with other considerations” rather than “in accordance to the law”. Since “law” has generally been considered as a synonymous of “the law of the State”, “other considerations” express other systems of law that are not the law of the State, such as religious law⁴⁷. Ideally, the English Arbitration Act supported the power and the authority of religious tribunals, thereby promoting “the autonomy and effectiveness of the arbitral process and respect for the parties’ option for a private system of dispute resolution”⁴⁸. For sure, English courts can set aside an arbitration award if the arbitrators do not fulfil this duty or if the agreement suffers from a serious irregularity, more generally if a violation of public policy occurs. This ground has been sometimes used by secular courts to prevent (commercial) religious award having effects in the State⁴⁹.

⁴⁶ The heated debate originated from speeches by the Archbishop of Canterbury and Lord Phillips of Worth Matravers, who was Lord Chief Justice at the time: both suggested that individuals should be able to choose jurisdiction when settling private legal matters, including the option to have matters settled under Sharia Law. See, among others, Zee, *Five Options for the Relationship between the State and Sharia Councils*, in *Journal of Religion and Society*, 2014, 1 ff.; M. Reiss, *The Materialization of Legal Pluralism in Britain: why Shari’a Council Decisions should be Non-Binding*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2009, 741 ff.; S. Ahmed, *Recent development: Pluralism in British Islamic Reasoning: The Problem with Recognizing Islamic Law in the United Kingdom*, in *Yale Journal of International Law*, 2008, 491.

⁴⁷ R. Blacklett, *The Status of Religious Courts in English Law*, in *Disputes and International Arbitration Newsletter*, 2009, 13.

⁴⁸ O. Chukwumerije, *English Arbitration Act 1996: Reform and Consolidation of English Arbitration Law*, in *American Revue of International Arbitration*, 1997, 45.

⁴⁹ See *Soleimany v. Soleimany* [1999], QB 785. Two Iranian Jewish merchants were exporting Persian carpets. This circumstance breaches Iranian Law, so one of them brought a suit before the Jewish court (Bed Din) which considered the illegality irrelevant under the applicable Jewish law and so decided the dispute, delivering the award. The Court of Appeal refused to enforce it on the grounds that public policy would not allow English Courts to enforce an illegal contract and stated as follows “An award, whether domestic or foreign, will not be enforced by an English Court if the enforcement would be contrary to public policy of this country”. Case reported by R. Sandberg, *Law and Religion*, Cambridge, 2011, 185.



Even in the United Kingdom people cannot divorce before arbitrators; nevertheless, Muslim communities aim for their decisions to be recognised as awards in the State, at least if family disputes they resolve can be referred to arbitration.

The English approach is not constrained in terms of the application of religious law to arbitration, although a significant Bill to revise the Arbitration Act of 1996 was presented in the House in 2011, with the aim of striking down discriminatory rules, through criminal sanctions⁵⁰ (rules which provide testimony of a man being worth more than a woman, or – in a substantive perspective – rules that favour a man over a woman in property rights).

The idea seems to be good, in so far it does not bar the family from religious arbitrations at all, but it allows it with the proviso that human rights shall be granted.

⁵⁰ Zee, *The relationship between the State and Sharia Councils*, cit., 13; R. Maret, *Mind the Gap: the Equality Bill, Sharia Arbitration*, cit., 268.



Procedure for the enforcement of domestic arbitral awards in Nigeria

Kunle Aina

Senior Lecturer at the University of Ibadan, Nigeria

Abstract: The use of arbitration in commercial transactions is a vital and important aspect of every commercial agreement. This is due to the advantages of arbitration over the regular court adjudicatory process. The problem is no matter how good and impeccable the arbitral process is the law still requires that arbitral award be recognized for enforcement by the court. This paper assessed the procedure for the enforcement of arbitral domestic awards in Nigerian High Courts, examined the different forms as provided in the rules, particularly the use of Motion on Notice and Originating Summons for enforcement of arbitral award, whether these procedural forms of application are adapted or suitable for enforcement of arbitral awards or whether there should be a more flexible mode of enforcing an award and concluded that the procedures are not adequate, and totally at variance with current international standards. The paper also makes recommendation for reforms.

Keywords: Enforcement of arbitral award. Originating summons. Motion on notice.

1. Introduction

It is now becoming obvious that more parties are discovering that binding arbitration is an efficient, cost effective, and flexible alternative to litigation.¹ In terms of cost, the cost of litigation is very high; litigation in Nigeria is now notorious to be extremely time consuming as

¹ The Supreme Court of United States of America recognised the importance of arbitration in the case of *Circuit City Stores Inc. v Adams*, 532. U.S. 105, 122 – 123 (2001).



cases takes an average of about five years to conclude. The fact that arbitration also allows the parties to choose the arbitrator and venue of its sitting makes it flexible and convenient. Most importantly, arbitration is now mostly applied to commercial transactions, trade and investments which are important factors in National Development. The use of arbitration in settling commercial disputes will have tremendous impact on Foreign Direct Investment as well as foreigner's active participation in economic activities in the country.²

Nigeria relies mainly on foreign investors in the exploitation and development of its vast mineral resources and consequent commercial activities that will follow those investments will require a good, reliable, fast and efficient system of dispute resolution which only arbitration can offer and totally not available under the usual Court adjudication³ system. Arbitration allows for neutrality and the award is easily enforced, with reasonable speed, flexibility and confidentiality⁴. Therefore, for many businesses, institutions and Governments arbitration is becoming more attractive as a preferred way to resolve commercial and other types of disputes⁵.

Because an arbitration award becomes enforceable as a civil judgment in the regular court through the process of recognition in Nigeria, the parties who had avoided the regular court system and its attendant problems and challenges are now back to enforce their award in the same forum. The system is not bound to change because of the award, but the parties must also again pass through the rigours of the court system and the long winded procedure for the enforcement of judgments. This paper takes a critical look at the procedure for the enforcement of domestic arbitral awards in the Nigerian Courts, identify the problems and proffer solutions.

² Asouza, A. 2011. *International Commercial Arbitration and African States practice, participation and institutional development*. London: Cambridge University Press. 456 . 457

³ Adaralegbe A. 2006. Challenges in enforcement of arbitral awards in capital Importing States. *The Nigerian Experience*. *Journal of International Arbitration*. 23. 401. 403.

⁴ Idornigie P. 2005. The role of arbitration and alternative dispute resolution (ADR) in attracting Foreign Investment in Africa. in *Arbitration and Alternative Dispute Resolution in Africa*, Amasike C.J. Ed. 155.

⁵ Chukwuemeka A. 2006. Arbitration and the ADRs as panacea for the ills in administration of Justice in third world countries. *Modern practice Journal of Finance and Investment Law*. 10. 3 – 4. 315.



2. Historical Overview of the Legal Instruments Affecting Arbitral Awards

Nigeria is a federation of thirty States with a Federal Capital territory. The Constitution⁶ makes provisions for three tiers of governments; these are the Federal, State and Local Governments. There are two main sources of Nigerian Arbitration Law; these are Common Law and Doctrines of Equity, legislations and trade practice⁷. The English Common law and Doctrines of Equity are applicable in Nigeria so long as they have not been modified or overruled by the Nigerian court decisions or Statutes. The first statute regulating arbitration in Nigeria was the Arbitration Ordinance of 1914 which re-enacted the English Arbitration Act of 1839 for a proper regulation of arbitration in Nigeria.⁸ This Law was in force in Nigeria until the Federal Constitutions of 1954, 1957 and 1963 which created the regions. Each Region (later States) adopted the arbitration Ordinance as their law on arbitration. The 1963 Constitution changed the ordinance to Act of the Legislature but only regulates domestic arbitration.⁹

On the 17th March, 1970, Nigeria acceded to the United Nations Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, 1958. Nigeria entered the reciprocity and commerciality reservations under the convention. This means that only the contracting parties to the convention with reciprocal legislation that recognise and enforce Nigerian awards will be recognised in Nigeria. In 1988 the Arbitration Ordinance (Act) was repealed and replaced by the Arbitration and Conciliation Act of the same year. The law governs the regulation of both domestic and foreign arbitral awards. The Act is modeled after the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) model law and the convention on the Recognition and

⁶ The current constitution is the Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999. (hereinafter called 1999 Constitution).

⁷ See The Nigerian Arbitration and Conciliation and Arbitration Act, Cap A18, Laws of the Federation 2004. Sections 33(3) and 22 (4) which empowers Arbitral tribunals to make their decisions based on trade practices.

⁸ Chukwuemeka A. 2006. Arbitration and the ADRs as panacea for the ills in administration of Justice in third world countries. *Modern Practice Journal of Finance and Investment Law*. 10. 3 – 4. 320..

⁹ Abdul Y. 2002. Arbitration in Nigeria. Problems, Challenges and Prospects. *Nigerian Bar Association, Ilorin Branch Journal*. 1. 7.



Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention). The Arbitration and Conciliation Act applies throughout the country¹⁰.

Nigeria also enacted the International Center for Settlement of Investment (Enforcement of Awards) Act 1967 which domesticated and enforced the Convention on the Settlement of Investment Disputes between states and Nationals of other states¹¹. Nigeria also enacted the Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act¹², The objective of the law is -

To make provision for the enforcement in Nigeria of judgments given in foreign countries which accord reciprocal treatment to judgment(s) given in Nigeria for facilitating the enforcement in foreign countries of judgments given in Nigeria.

The Act defines judgments to include awards in arbitration.¹³

3. High Court Civil Procedure Rules

The 1999 constitution created the States¹⁴ and the Federal High¹⁵ Courts as part of one single tier of courts in Nigeria. The High Courts includes the High Court of Federal Capital Territory, Abuja¹⁶. Also by virtue of the third amendment to the 1999 constitution, the National industrial court¹⁷ was recognized as a court of coordinate jurisdiction with the High Courts with

¹⁰ Some States like Lagos and Rivers States also enacted their own Arbitration laws. For a discussion on the constitutional legality of the State laws see Akintoye A. 2002. The Doctrine of covering the field and the pencil rule in Legislative enactments – A judicial re-visitation. *Nigerian Bar Association Ilorin Branch Journal*. 189. 192 – 194; *Compagnie Generale De Geophysique v Etuk*, (2004) FWLR (Pt 235) 86 at 87, Asouzu A. 2000. Arbitration and Judicial powers 3. M.I.L.B.Q. 19.35: Idornigie P. 2000. The doctrine of covering the field and Arbitration laws in Nigeria. *Arbitration international Journal*. 66. 3. 193.

¹¹ The ICSID Convention or otherwise known as Washington Convention which came into force on October 14, 1966. The law allows judgments/awards of the settlement center when registered in the Supreme Court of Nigeria as a judgment of the Supreme Court.

¹² Cap F. 35, Laws of the Federation (LFN) 2004.

¹³ See section 2 of Foreign Judgments (Reciprocal enforcement) Act.

¹⁴ Section 270 of 1999 Constitution established the High Court for each State of the federation.

¹⁵ Section 249 of 1999 Constitution established the Federal High Court which now has judicial division in each State of the Federation with jurisdiction restricted to the items listed in section 201 of the 1999 constitution.

¹⁶ Section 255 of the 1999 constitution established the High Court of the Federal Capital Territory, Abuja.

¹⁷ Established under the third Amendment to the 1999 constitution.



exclusive jurisdiction for issues of labour, and other employment matters. Each High Court has powers to make rules for procedure under its Act.¹⁸

4. Recognition of Award

Before an arbitral award can be enforced in Nigeria, it must first be recognised. Section 31 (1) of the Arbitration and Conciliation Act provides,

An arbitral award shall be recognized as binding and subject to the section 33 of this Act, shall upon application in writing to the court, be enforced by the court.

The law, we must note did not specify any particular mode for the recognition and enforcement of an award, this has been left for the High Court Rules; as only the High Court has jurisdiction to entertain an application for the recognition and enforcement of arbitral awards¹⁹. The Supreme Court was called upon to decide on whether the Federal High Court has jurisdiction to entertain an arbitration matter in the case of *Magbagbeola V Sanni*²⁰, the court held, relying on section 57 (1) of the Arbitration and Conciliation Act that the Federal High Court has jurisdiction to entertain Arbitration matters notwithstanding its exclusive jurisdiction²¹

As we noted above, the Arbitration and Conciliation Act did not make any provisions for the recognition and enforcement of the Arbitral Award, only the civil procedure Rules of the

¹⁸ For instance in exercise of the powers conferred on the State Chief Judge under section 89 (1) of the High Court Law, Cap. H3 Laws of Lagos State 2003 as amended by the High Court (Amendment Law) 2012, the Chief Judge of Lagos State made the current High Court of Lagos State (Civil Procedure) Rules 2012 which repealed the earlier Rules of Court made in 2004. We may note that one of the major reasons for the current Rule was for ‘amicable resolution of disputes by use of Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanism’. Also to mandate ... the parties to use (ADR) mechanism where the court considers it appropriate and facilitating the use of such procedure’.

¹⁹ See section 57 (1) of Arbitration and Conciliation Act which defines High Court to include High Court of a State, the High Court of a Federal Capital Territory, Abuja or the Federal High Court.

²⁰ (2005) 11 NWLR (Pt. 936) 239.

²¹ Section 207 of 1999 Constitution.



High Courts can make such rules and as the Court of Appeal stated in the case of *Medical and Health Workers Union of Nigeria v Ministerial Labour and Productivity*²² that:

The rules of court are to be obeyed, they were made to help the cause of justice and not to defeat justice ... they are subsidiary legislations but equally ... possess the potent force of ... principal legislation when validly made.²³

The rules thus have constitutional force and are the only reference point to determine the competence of the court, its jurisdiction and the proper procedure to adopt in the enforcement of an arbitral award.

5. Nature and Constituent of an Award

The Arbitration and Conciliation Act made provisions on the constituents of a valid award which is submitted here must be properly considered and examined by the court seised of an application for recognition and enforcement of an award. Section 26 (1) of Arbitration and Conciliation Act provides as follows:

(1) Any award made by the arbitral tribunal shall be in writing and signed by the arbitrator or arbitrators.

(2) Where the arbitral tribunal comprises of more than one arbitrator the signatures of a majority of all the members of the arbitral tribunal shall suffice if the reason for the absence of any signatory is stated.

(3) The arbitral tribunal shall state on the award:

(i) the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reason are to be given or the award is an award on agreed terms under section 25 of the Act;

(ii) the date it was made; and

²² (2005) 17. NWLR (Pt. 953) 90.

²³ (2005) 17 NWLR (Pt. 953) 90 at 147 – 148.



(iii) the place of the arbitration as agreed or determined under section 16 (1) of this Act which place shall be deemed to be the place where the award was made.

6. Writing and Signature

Oral award is not acceptable, whether it is partly oral and partly written award, it is not recognised under the law. The award must also be signed by all the arbitrators. There is no provision for dissenting speech, however, we may conclude that where there is a dissenting opinion, the dissenter should not sign the award, in which case the award is still enforceable where the majority of the arbitrators have signed the award. The dissenting opinion does not form part of the award. In the English case of *Corgill International S.A v Socieda Iberico de Moltura cion S.A.*²⁴ the Court of Appeal in England held that an arbitrator who disagreed with the majority of the tribunal could not insist on his reason for his dissenting view being inserted into the award. The dissenting opinion may, however be annexed to the award if the other arbitrators agree, or it may be delivered to the parties separately for their information only²⁵. The place of signing the award must also be stated on the award. Though section 26 (1) of the Act addressed the problem by providing that the place of the arbitration shall be the place where the award was made. The reason or reasons for the award must also be clearly stated²⁶. The date and time of making the award must also be stated on the face of the award. The award must be adjudication on the dispute, not merely an expression of an expectation, hope or opinion. The position has been explained thus:

By far the best course is for the arbitrator to express money awards in the form of an order that one party shall pay the specified sum to the other, and to express declaratory awards in the form of a bold statement of the position as the arbitrator considers to be. Thus, the award should say “I award that the

²⁴ The Times Dec. 26, 1997.

²⁵ Asozu A. 2001. *International Commercial Arbitration and African State Practice, Participation and Institutional Development*. Cambridge: Cambridge University Press. 23.

²⁶ Section 26 (3) (a) Arbitration and Conciliation Act.



buyer is entitled to reject the goods” not “I consider that the seller ought to accept the return of the goods.”²⁷

The award must be complete, certain and final and not provisional and must finally dispose of all the issues without leaving any of the issues for another arbitrator or court to determine. Since, the arbitral award was not a judgement of the court, the court must first properly recognise the award and also adopt it for enforcement by the court.²⁸ We submit that in considering the recognition and enforcement of arbitral award the High Court must assess the validity of the award in the light of the requirements of the law as discussed above.

7. Procedure for the enforcement of Award.

Section 31 (2) of the Arbitration and Conciliation Act provides as follows:

The party relying on an award or applying for its enforcement shall supply:

- (a) the duly authenticated original award or duly certified copy thereof,
- (b) the original arbitration agreement or a duly certified copy thereof.

Sub-section 3 thereof states that the award may by leave of the court or a Judge, be enforced in the same manner as a judgment or order of the High Court. The procedure to be adopted is not stated here, we must therefore look at the provisions of the rules of court to determine the proper procedure to follow.

8. High Court Rules

The High Court of Lagos State (Civil Procedure) Rules 2012 provides in Order 39 rule 4 as follows:

²⁷ Lord Mustill and Boyd S. 1989. *Mustill and Boyd Commercial Arbitration*. 2nd ed. London: Lexis Nexis Butterworths. 311.

²⁸ Section 31 (1) Arbitration and Conciliation Act.



(1) Every motion on notice to set aside, remit or enforce an arbitral award shall state in general terms the grounds of the application and where any such motion is founded on evidence by affidavit, a copy of any Affidavit intended to be used shall be served with the notice of motion.

The Rule also adopted the conditions stated in Section 31 (2) of the Arbitration and Conciliation Act that the application must be supported with duly authenticated original award or the duly certified copy thereof and the original arbitration agreement or duly certified copy thereof. However, Order 3 of the Lagos State High Court Rules provided for the modes of commencing an action in the High Court. These are, by Writ of Summons²⁹ and Originating Summons³⁰. Proceedings may also be commenced in the High Courts by Petition³¹ except where the particular order of court so directs, motions are not generally permitted in the commencement of proceedings in the High Court. Motions are only authorized for interlocutory applications which are specifically allowed under the rules of court³². However, order 39 rule 4 of the same Lagos State Rules provided for Motion on Notice to set aside remit or enforce an arbitral award. Could this translate to permitting the use of Motion on Notice to commence an application to recognise and enforce an arbitral award?³³ Order 3 rule 1 provides that the provisions of order 3 on commencement of actions in the High Court is subject to the Rules itself and any other law requiring any proceedings to be begun otherwise than by Writ of Summons³⁴

9. Is motion on notice or originating Summons appropriate?

If we concede that the rules actually permit the use of motion on notice or originating summons for the enforcement of an arbitral award, the pertinent question is to probe whether

²⁹ Order 3 rule 1, High Court of Lagos State (Civil Procedure) Rules 2012.

³⁰ Order 3 rules 5, 6, 7 and 8 of the Lagos State Rules. See also, order 3 rules 6 and 7 of the Federal High Court (Civil Procedure) Rules 2009 (Federal High Court Rules).

³¹ Order 5 Federal High Court Rules.

³² Order 39 rule 1 Lagos State Rules.

³³ See also order 39 rule 4 of Oyo State High Court (Civil Procedure) Rules, 2012.

³⁴ High court of Lagos State Rules.



the procedure is the appropriate procedure even under the rules that may have permitted it by implication.

9.1. Motion on Notice

Motion on Notice or Notice of Motion has been defined as, ‘A formal notice to participants in litigation of intent to seek specific relief in an action. An advisory in writing, usually in a prescribed form, to all parties in litigation, of intent at some specified or future time, of asking the court to order specified relief. The notice of motion is written in the form of a request to the court to order something, often *Interlocutory* relief³⁵. Motion either ex -parte or on notice are basically suitable for interlocutory matters and not for commencing fresh actions. It is filed by simply supporting the motion with affidavit detailing all facts relied upon in the application. The Respondent is allowed to oppose the application by also filing a counter – affidavit, and where there are irreconcilable conflicts, the judge may order oral evidence in support of the motion³⁶.

The main essence of the whole procedure for the enforcement of arbitral award is expected to be summary proceedings and it is not supposed to be protracted. The practice is however different. Parties submit to arbitration because they want to resolve their differences by private arrangements rather than by the normal judicial court process. By that token, they are presumed to intend to abide by the decision of the arbitral tribunal constituted by them, or on their behalf. It is, therefore an implied term of every arbitration agreement that the parties will abide by the outcome of the arbitration process. It is often expressly provided in arbitration agreements that the parties are to be bound by the award of an arbitral tribunal. Similarly, the Act provides that the award of an arbitral tribunal is final and binding on the parties who undertake to carry out the same without delay³⁷.

³⁵ Duhaime, Org. Legal Dictionary. Available at www.duhaime.org/legalDictionary/N/Noticeofmotion.aspx. accessed on 16 – 07 – 2014, see also. Blacks Law Dictionary which define Motion on Notice as ‘a written or oral application requesting a court to make specified ruling or order’. 9th ed. p. 106.

³⁶ *Falobi v Falobi*. (1976) 9-10 S.C 1.

³⁷ Article 32 (2) Arbitration Rules, First Schedule to the Arbitration and Conciliation Act.



An award is final in the sense that the matters settled by the arbitrators cannot be litigated again, either in the courts, or in another arbitration (unless probably remitted back by court for retrial), by either party or any person claiming through or by him. The matter is classified as *res judicata* consequently, if any action or proceedings are subsequently commenced in respect of such matters, the defendant can plead that the award is *res judicata*, and any party to the proceedings can plead *estoppel per rem judicatem*³⁸. In this respect, the arbitral award is not entirely different from the court judgment. There should be an end to litigation. The court seised of the application for recognition and enforcement of arbitral award is not sitting as Appellate Court over the arbitral award but simply to recognise and adopt the award as, not as judgment of the High Court, but simply one to be enforced by the court. The Supreme Court of Nigeria clearly stated, per Katsina-Alu JSC³⁹ that, ‘... nowhere in the Act is the High Court given the power to convert an arbitration award into its own judgment.’⁴⁰ The learned justice of the Supreme Court was of the view that an award is at par with a judgment of the court. It is in the light of this that a court cannot make the arbitration award its own judgment. The only jurisdiction the court has in regard to an award is to enforce it upon an application if the validity of the award is not in doubt⁴¹.

We must also not lose sight of the fact that the High Court is not sitting as an appellate court over the decision of the arbitration award.⁴² The only reason why the award creditor will take this step is because the award debtor is not prepared to comply with the award. In which case, he is likely going to oppose the enforcement of the award. We submit that in a disputed application of this nature which was not initiated or tried before a court, the issue cannot be properly settled by a Motion on Notice or other similar interlocutory applications not being fully seised of the matter, and not sitting on appeal over the matter.

³⁸ *Chief Kweku Assanpong v Kweku Ammaku & ors* (1932) 1 W. A.C.A 192, *Nruamah v Ebuzeome* (2013) 1 S.C 31 at 67, *Abiola and Sons Bottling Co. Ltd v Seven-up Bottling Co. Ltd.* (2012) 7 SC. (Pt.11) 83.

³⁹ *Ras Pal Gazi Construction Co. Ltd v F.C.D.A.* (2001) 5 S.C. (Pt. II) 16 at 26.

⁴⁰ *Commerce Assurance Ltd v Alhaji Buraimoh Alli* (1992) 3 NWLR (Pt 232) 710, *KSUDB v Fanz Construction Co. Ltd* (1990) 3 NWLR (Pt. 142) 1.

⁴¹ per Katsina – Alu JSC in *Ras Pal Gazi Construction Co. Ltd v F.C.D.A.* (2001) 5 S.C. (Pt II) 16 at 26.

⁴² *Commerce Assurance Ltd v Alli* (1992) 3 NWLR (Pt. 232) 710.



9.2. Originating Summons

An Originating Summons has been described as ‘an originating process in;

The High Court to determine an issue of law or the interpretation of document by means of submitting affidavit as evidence. Apart from providing sufficient particulars to identify the cause of action, the originating summons must include statement of the question to enable the court to determine or statement of remedy to which the court can declare.⁴³

The Supreme Court of Nigeria, per Eso JSC in the case of *Alegbe, Speaker Bendel State House_of Assembly v M.O. Oloyo*⁴⁴ declared the position of the law when he said that;

Originating summons is reserved for issues like the determination of short questions of construction and not matters of such controversy that the justice of the case would demand the settling of pleadings.

Order 3 rule 6 of the Federal High Court (Civil Procedure) Rules, 2009 which makes provisions for the originating summons procedure, provides as follows:

Any person claiming to be interested under a deed, will, enactment or other written instrument may apply by originating summons for the determination of any question of construction arising under the instrument and for a declaration of rights of the person interested.

Order 3 rule 7 of the Federal high Court Rules went on to provide that any person claiming any legal or equitable right in a case where the determination of the question whether such a person is entitled to the right depends upon a question of construction of an enactment

⁴³ Advanced Law Lexicon, 3rd Edition, Reprint 2009 at 3391.

⁴⁴ (1983) 7 S.C. 85.



may apply by Originating Summons for the determination of such question of construction and for a declaration as to the right claimed.⁴⁵

There is no gainsaying the fact that the hallmark of an originating summons is the determination of questions of construction arising under a deed, will, enactment or other written instrument.⁴⁶ The originating summons is the procedure for declaration of the rights claimed by the plaintiff in a proceeding and is only predicated upon or desirable for the determination of the questions arising for construction under an enactment or a written instrument.⁴⁷ The arbitral award is not a written enactment or instrument.⁴⁸

Procedurally, all originating summons must be accompanied by⁴⁹,

- (a) an affidavit setting out the facts relied upon;
- (b) all the exhibits to be relied upon;
- (c) a written address in support of the application;
- (d) pre-action protocol Form 01⁵⁰.

We must note that the Federal High Court Rules do not require the Pre-Action Notice Form 01 to be attached to the originating summons. We may state that if the originating summons is actually designed for the enforcement of arbitral awards, the compulsory attachment of pre-action form 01 which is to attest to ADR steps taken on a dispute, will not be

⁴⁵ See also Order 3 rules 5, 6, 7 and 8 of the Lagos State High Court (Civil Procedure) Rules 2012; Order 3 rule 5, 6, 7 and 8 of Oyo State High Court (Civil Procedure) Rules. 2010. This is the position in all the states Civil Procedure Rules.

⁴⁶ *Atolagbe v Awani* (1999) 9 NWLR (Pt. 422) 536.

⁴⁷ *Dapianlone v Dariye* (2007) 4. S.C. (Pt. II) 118.

⁴⁸ Enactment is defined by Blacks Law Dictionary, 9th ed. Garner B. Ed. p. 606. as, 'The action or process of making into Law, enactment of a Legislative bill 2. A statute.'

⁴⁹ See Order 3 rule 8 (1) and (2) of the Lagos State (Civil Procedure) Rules, Order 3 rule 9 Federal High Court (Civil Procedure) Rules 2009.

⁵⁰ Order 3 rule 8 (2) (d) High Court Lagos State (Civil Procedure) Rules 2012. The pre-action protocol Form 01 is filed with originating summons to acknowledge that the parties have explored ADR as alternative to settle the matter before filling the action. The pre-action protocol form 01 states:

1. I/we have complied with the directions of the Pre-Action protocol as set out in under 1 rule (4) (ii) (e) of the High Court Rules.
2. I/we have made attempts to have this matter settled out of court with the Defendant and attempts were unsuccessful (Claimant must state what attempts he has made to have the matter settled (attach evidence of same)).
3. I/we have by a written memorandum to the Defendant set out my / our claim and options for settlement.



applicable here, because the application itself is for the enforcement of arbitral award. Looking at the nature of originating summons itself, we should ask whether it was designed for the enforcement, remitting or setting aside of arbitral award. We acknowledge that the courts have tacitly allowed the use of originating summons in these proceedings.⁵¹ Could originating summons be the proper procedure in the circumstances? We must examine the legal nature of the procedure.

In the case of *Olley v Hon. Tunji & ors*,⁵² the Supreme Court of Nigeria had the opportunity to examine the proper use of the originating summons in civil proceedings, Ngwuta JSC while delivering the lead judgment of the court quoted the learned authors of '*Odgers Principles of Pleading and Practice*'⁵³ with approval when the said,

Where the main point, in issue is one of construction of a document or statute or is one of pure law, then this is the appropriate procedure. It is not, however, appropriate where there is likely to be any substantial dispute of fact.

Eso JSC in the case of *Alegbe, Speaker Bendel State House of Assembly v Oloyo*⁵⁴ was of the views that, 'Originating summons is reserved for issues like the determination of short questions of construction and not matters of such controversy that the justice of the case would demand the settling of pleadings'.

The Supreme Court even explained that as a matter of procedure, the applicant in an originating summons need to 'formulate and present question or questions for the court to determine based on interpretation of statutes, Will or Instruments. The grant of the reliefs' sought in the originating summons is preceded by, and predicated upon, the court's answer to the question or questions for determination.⁵⁵ The formulation of a question or statement of

⁵¹ *Kuforiji v Nigerian Railway Corporation* (1972) U.I.L.R. 29; *NNPC v KLIF, Co. Nig Ltd.* (2011) 4 S.C. (Pt 1) 108.

⁵² (2013) 4-5 S.C (Pt 1) 6

⁵³ *Odgers Principles of Pleading and Practice in the Civil Actions in the High Court of Justice.* 21st ed. At p 314.

⁵⁴ (1983) 7 S.C. 85 at 90.

⁵⁵ (1983) 7 S.C. 85 at 90.



remedy to which the court can declare⁵⁶ is a fundamental requirement of the application.⁵⁷ Looking at the rules again, Order 3 rule 6 of the Federal High Court Rules⁵⁸, requires two main components, these are; (1) Questions for construction and (2) Declaration of rights It follows that the application by originating summons must contain question or questions of construction of a will, instrument or enactment as the case may be, and a declaration of rights depends on the answers to the questions formulated for determination in the application by way of originating summons.

Admittedly, the originating summons procedure is a summary and time saving procedure, but it is restricted to issues of construction or interpretation of will, enactments and instruments, and not for contentious matters. In this respect a declaration of rights based on question for declaration before the Court. Ngwuta JSC concluded the matter when he said,

It will be a mere academic exercise for the court to determine the questions without a prayer for declaration of rights, and declaratory rights without question for determination should be brought by writ of summons.⁵⁹ (underline mine)

The procedure of originating summons is not designed to deal with resolution of disputed facts, but where the questions in controversy calling for determination are simple question or issues of construction of a deed, will, legal instruments or enactments or written instrument.

Belgore JSC (as to then was) further explained the position of the law in the case of *Famfa Oil Limited v A.G. of the Federation*⁶⁰ where he said,

The very nature of an originating summons is to make things simpler for hearing. It is available to any person claiming interest under a deed, will or other written instrument whereby he will

⁵⁶ *Olley v Hon Tunji & ors* (2013) 4 – 5 S.C. (Pt 1) 6.

⁵⁷ *Olley v Hon Tunji & ors* (2013) 4 – 5 S.C. (Pt 1) 6 .

⁵⁸ Reproduced above.

⁵⁹ Per Ngwuta JSC in *Olley v Hon Tunji & ors* (2013) 4 – 5 S.C. (Pt 1) 6 at 43.

⁶⁰ (2003) 9 – 10 S.C 31.



apply by originating summons for the determination of any question of construction arising under the instrument for a declaration of his interest... It is a procedure where the evidence in the main is by way of documents and there is no serious dispute as to their existence in the pleadings of the parties to the suit in such a situation, there is no serious dispute as to facts, but what the plaintiff is claiming is the declaration of his right.⁶¹

I submit that it is a notorious fact that there is hardly any application for the enforcement of arbitral awards in Nigeria that has not been disputed mostly up to the Supreme Court. The use of summary procedure like originating summons is most unsuitable. In the words of Tobi JSC⁶², 'originating summons will not lie in favour of a plaintiff where the proceedings are hostile in the sense of violent dispute'.⁶³

10. Special Procedure for Arbitral Proceedings in the Federal High Court (Civil Procedure) Rules

Unlike the other High Court Rules which made scanty provisions on the enforcement, or setting aside of arbitral awards⁶⁴, the Federal High Court Rules dedicated Order 52 of its Rules to Arbitration issues. Order 52 rules 1 to 14 regulates the power of the court to refer matters to Arbitration under the Arbitration and Conciliation Act. The Court may appoint Arbitrators for the parties.⁶⁵ The Rules provides for attendance of witnesses, making of award and extension of time when the Arbitrators are unable to complete the arbitration within a stipulated time.⁶⁶ The arbitrators may also refer matters to the court for its opinion⁶⁷. The Court

⁶¹ (2003) 18 NWLR (Pt. 852) 453 at 467.

⁶² *Inakoju & 17 ors v Adeleke & ors.* (2007) 1 S.C. (Pt. 1) 1.

⁶³ *Inakoju & 17 ors v Adeleke & ors* (2007) 1 S.C. (Pt 1) 1 at 44.

⁶⁴ See for example Order 39 rule 4 of the High Court of Lagos State (Civil Procedure) Rules 2012.

⁶⁵ Order 52 rule 2.

⁶⁶ Order 52 rule 6.

⁶⁷ Order 52 rule 9.



may also modify or correct an award.⁶⁸ The Rules also empowered the Court to remit award for reconsideration by the Arbitrators upon such terms as it thinks proper-

- (a) if the award has left undetermined some of the matters referred to arbitration;
- (b) if it had determined matters not referred to arbitration;
- (c) if the awards is so indefinite as to be incapable of execution;
- (d) if an objection to the legality of the award is apparent upon the face of the award⁶⁹.

The only ground an award may be set aside is on the ground of perverseness or misconduct of the Arbitrators or umpire. Any application to set aside an award shall be made within three months after the publication thereof.⁷⁰ Where there is no application to set aside the award, order 52 rule 14 provides that either party may 'file the award in court, and the award shall there upon have the same force and effect for all purposes as a judgment. This clearly shows that arbitral award under the order 52 rules does not need any other special order of court to enforce same. We must note that this part of the rules is restricted only to where the court refers a matter before it to arbitration. Though the rule refers to the Arbitration and Conciliation Act, it may only mean that the Act is binding on the Arbitrators, but the Arbitration itself is strictly supervised by the Federal High Court; and its award need only be registered in court to be enforced as the judgment of court. This part of the rules is closely related to the Court connected arbitration such as the Lagos State Multidoor Court House⁷¹. This is in contrast to awards of domestic arbitral awards which must be recognised before it can be enforced through a court proceeding and order of court recognizing and enforcing the award, which will entail filing of the original award and the arbitration agreement and may be opposed by the award debtor.

⁶⁸ Order 52 rule 10.

⁶⁹ Order 52 rule 12.

⁷⁰ Order 52 rule 13.

⁷¹ Order 52 rule 13 (2.).



Part B of the Order 52 of the Federal High Court Rules made provisions for applications under Arbitration and Conciliation Act. The rule 15 covers all issues that may be referred to the court under the Act, this will include application to revoke an Arbitration agreement,⁷² to stay arbitral proceedings,⁷³ to remove an Arbitrator or umpire⁷⁴, to direct an Arbitrator or Umpire to state reasons for an award⁷⁵, to ask that a case on trial which is the subject of an arbitration agreement be referred to an arbitration⁷⁶ to set aside an award⁷⁷, to subpoena a witness to attend arbitration proceeding⁷⁸ for declaration that an award is not binding on a party to the award on the ground that it was made without jurisdiction or because the Arbitrator misconducted himself or that the proceedings was arbitrary or that the award has been improperly procured.⁷⁹ The rule specifically provides that the applications shall be made by originating summons. While, it is possible to make orders as to subpoena of witnesses, appoint Arbitrator, direct an Arbitrator to state reasons for an award or even stay proceedings pending certain issues being determined by the court without much conflict or opposition, the issues concerning setting aside of award, that an award is not binding or that the Arbitrator misconducted himself are likely to be violently opposed. The likelihood of opposition and deep conflicts may render the procedure of originating summons most unsuitable for the application.

A most unusual and inconsistent provision is order 52 rule 16 for the enforcement of arbitral awards. The rule provides that;

An application to enforce an award on an arbitration agreement in the same manner as a judgement or order may be made ex-parte, but the court hearing the application may order it to be made on notice.

⁷² Order 3 rule 11 and order 39 rule 3 of the High Court of Lagos State (Civil Procedure) Rules 2012.

⁷³ Section 2 of Arbitration and Conciliation Act.

⁷⁴ Section 7 of Arbitration and Conciliation Act.

⁷⁵ Section 5 of Arbitration and Conciliation Act.

⁷⁶ Section 30 of Arbitration and Conciliation Act.

⁷⁷ Section 6 of Arbitration and Conciliation Act.

⁷⁸ Section 4 of Arbitration and Conciliation Act.

⁷⁹ Section 29 of Arbitration and Conciliation Act.



The rule is silent on the form of application that may be made ex-parte or should we assume that the order 14 rule 15 which expressly requires the use of originating summons may be applicable. We submit that this cannot be the position. In as much as the rule failed to make any provision for any particular procedure, except to state that the application may be made ex-parte, a motion or originating summons may also be made ex-parte. This rule needs immediate amendment.

Order 26 rule 8 – 12 made provision for ex-parte applications, while order 26 regulates interlocutory applications generally. It is noteworthy that all ex-parte applications must be supported by affidavit which shall state sufficient grounds why delay in granting the order sought would entail irreparable damage or serious mischief to the party moving.⁸⁰ The rule also provides that any order made on motion ex-parte shall not be more than fourteen days, and the other party against whom the order was made may apply that the order be varied or discharged⁸¹. The application for enforcement of arbitral award is not a temporary order but an order that is permanent in nature, the order for enforcement cannot be set aside unless by the Appeal Court, obviously therefore, ex-parte application is not applicable here.

Clearly, the rule as it is, is defective, ambiguous and totally at variance with the general provisions of the Rules itself. Though the Court had always proceeded from the level of acceptance of the use of originating summons in the Federal High Court for the enforcement of arbitral awards we submit that the provisions are imprecise and unsupportable.

11. Lessons from Other Jurisdictions

In England, the Arbitration Act 1996 regulates the Arbitration matters, as well as the Supreme Court of England and Wales Country Courts Civil Procedure Rules 1998, amply made provisions for the enforcement of arbitral awards in England. Section 66 (1) of the Arbitration Act 1996 (UK) which is in *pari material* with section 31(3)⁸² of the Act, that an arbitration award

⁸⁰ Section 23 of Arbitration and Conciliation Act.

⁸¹ Section 30 of Arbitration and Conciliation Act.

⁸² Order 26 rule 8 Federal High Court (Civil Procedure) Rules 2009.



may, by leave of the court be enforced in the same manner as a judgment or order of the court, where leave is granted, judgment may be entered in terms of the award. Leave to enforce an award shall not be given where, or to the extent that, the person against whom it is sought to be enforced shows that the tribunal lacked substantive jurisdiction to make award⁸³ Part 62 of the Rules on Arbitration claims, provides that a claim under the rule means, a claim to determine.

- (i) whether an arbitration tribunal is properly constituted; or what matters have been submitted to arbitration in accordance with an arbitration agreement;
- (ii) whether there is a valid arbitration agreement;
- (iii) a claim to declare that an award by a arbitral tribunal is not binding on a party; and
- (iv) any other application affecting (i) arbitration proceedings (whether started or not); or (ii) an arbitration agreement.

The procedure is to simply file an Arbitration claim form which will include a concise statement of the remedy claimed and any questions on which the claimant seeks the decision of the court and give details of any arbitral award challenged by the claimants, identifying which parts of the award are challenged and specifying the grounds for the challenge. The rules makes provisions on issues such as service outside jurisdiction, how notice may be served and on who.⁸⁴ Case management hearings and the enforcement of the arbitral awards. The application is simply made in the arbitration claim form to enforce the award in the same manner as a judgment or order of court.⁸⁵ All parties are expected to be served and the hearing will proceed notwithstanding that the defendant did not appear. The procedure in England is simple, direct and uncomplicated. There is no use of archaic procedure like motions or originating summons like the Nigerian provisions which are in themselves not created for or suitable for arbitral proceedings under Nigerian law.

⁸³ Order 26 rule 12 (1).

⁸⁴ Of Arbitration and conciliation Act.

⁸⁵ Section 66 (3) Arbitration Act 1996 (UK).



12. Brazil

The Brazilian law as provided in the Arbitration law of 1996 abolished the requirement for judicial ratification of arbitral awards which now equates an arbitral award as any other judicial award or judgment⁸⁶ and which expressly provides that the arbitrator is equivalent to a judge for the purposes of the arbitration proceeding.⁸⁷ However, any party may apply to set aside an award in Brazil but the applicant must adopt the procedure of any ordinary suit to annul a legal act. Joaquin T. de Paiva Muniz and Anaereza P. Basilo⁸⁸ are of the view that this procedure in itself is time consuming process, because it is filed in the first instance court and may be subject to ordinary appeals to the second – tier courts. It is also possible to file a ‘special appeal’ to the superior court of Justice (non-constitutional questions) and/or an ‘extraordinary appeal’ to the Brazilian Supreme Court (Constitutional, questions) under the limited grounds on which those exceptional resources can be admitted.⁸⁹ However, the filing of judicial application to set aside does not by itself prevent the arbitral award from fully producing its effects. In the event that the plaintiff wants to suspend the award, he may have to apply for an injunction upon presenting *prima facie* evidence of the party’s collectly right⁹⁰ and the need of an urgent remedy under penalty of irreparable injury⁹¹. There is a great advantage in the Brazilian position which regards the arbitral award as final and enforceable in the regular court without any need for recognition and enforcement.

13. Recommendations

This paper is restricted to examining the procedure for the enforcement of domestic arbitral awards in Nigeria. The only possible interpretation of the court Rules is the use of Originating Summons and Motion on Notice, and both procedures are totally inappropriate for

⁸⁶ In cases where the claimant is challenging the arbitral award see section 62.4.

⁸⁷ Section 62. 6.

⁸⁸ Section 62.18.

⁸⁹ Article 31 of Arbitration law of 1996.

⁹⁰ Article 18 of the Arbitration law of 1996.

⁹¹ Joaquin T. de Paiva Muniz, and Anaereza Palhares Basila. Arbitration Law of Brazil. Practice and procedure. Junis Publishing Inc. 89.



the enforcement of arbitral awards in Nigeria based on the current position of the Rules. The Rules must be urgently amended, in so far as the legislative intention is to ensure that arbitral awards are quickly and summarily recognized and enforced. The Nigerian law must be amended to recognize that all arbitral awards are regular and competent until the contrary is proved. From this standpoint, the procedure needs to be overhauled in such a way that the arbitral award cannot be set aside unless the applicant shows an extraordinary reasons for the court to do so.

While the special provisions in the Federal High Court Rules is commendable, the Rules are confused and vague, and leaves much room for the defendant in the arbitral proceedings to avoid his obligations under the arbitral agreement and award, we hereby recommend that there should be a special section in the High Court Rules like the Federal High Court Rules on the enforcement of arbitral awards. The use of Originating Summons and Motion on Notice should be stopped and in its place a special procedure should be introduced to be known as “Arbitral Application”. This will avoid compliance with the Rules of Court for interlocutory applications or originating summons which are not suitable for issues that involve arbitral proceedings. The ‘Arbitral Application’ may be designed in line with the English Arbitral claim but less complicated.

We do not agree with Akinmoladun⁹² that the Arbitration and Conciliation Act should have a list of grounds under which a domestic arbitral award should be recognized and enforced. The Act need not specify any ground for the refusal like the enforcement of foreign awards, the point is that once the parties have submitted to arbitration,⁹³ and participated throughout the proceeding⁹⁴, there should not be any other reasons for them to back out of their due obligations, and the law ought not to give or create avenues to escape from complying with the award. The Supreme Court of Nigeria explained the position when the Court said;

⁹² Akinmoladun F. 2010. Enforcement of Arbitral awards in Nigeria: An appraisal of emerging trends available at <http://ssrn.com/abstract=1556607>. accessed on 22 – 07 – 2014.

⁹³ The Arbitration law 1996, Chaps VI thereof only makes provisions for the enforcement of foreign arbitral awards.

⁹⁴ Idorighe P. 2002. The relationship between Arbitral and Court proceedings in Nigeria. *Journal of international Arbitration*. 19. 443.



A valid award on a voluntary reference no doubt operates between the parties as a final and conclusive judgment upon all matters enforced. It should be remembered that when parties decided to take their matter to arbitration, they are simply opting for an alternative mode of dispute resolution. It must be emphasized that the parties have a choice to either go to court and have their dispute determined by the court or refer the matter in dispute to an arbitrator for resolution.⁹⁵

The law⁹⁶ recognized as binding an arbitral awards, and shall upon application in writing to the court be enforced by the court.⁹⁷ The law therefore is based on the assumption that the Arbitral award is binding and only needs the machinery of the court to enforce same.⁹⁸ In this wise, the Rules must be urgently amended to achieve this ideal and not to continue using the outdated court procedures which only encourages delays and are technical in nature.

14. Conclusion

Motion on Notice or Originating Summons though seems to be the only procedure recognized under the rules, are only devised for normal ordinary court trials and interlocutory applications and is totally useless when faced with arbitral proceedings. The best course is to amend the law by creating a new and special procedure for the enforcement of arbitral awards. All the High Court Rules ought to create a special procedure and section of the rules for arbitral proceedings; until this is done, the courts will continue to grapple with the problematic procedures, and the parties to arbitral awards will continue to wait until the slow wheels of court process grounds to a halt before they can enjoy the fruits of their labour.

⁹⁵ Akinmoladun F. 2010. Enforcement of Arbitral awards in Nigeria: An appraisal of emerging trends available at <http://ssrn.com/abstract=1556607>. accessed on 22 – 07 – 2014.

⁹⁶ *Commerce Assurance Ltd v. Alhaji Buriamoh Alli* (1992) 3 NWLR (Pt. 232) 710.

⁹⁷ *Ojibah v Ojibah* (1991) 8 NWLR (pt. 191)

⁹⁸ Per Katsina – Alu JSC in *Ras Pal Gazi Construction Co. Ltd v F.C.D.A.* (2001) 5 S.C. (Pt. 11) 16 at 22.



Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente

(Reconstruction of the right to appeal in the Brazilian precedents system)

Júlia Lipiani

Lawyer in Brazil. LL.M in Civil Procedure Law.

Resumo: O presente trabalho se propõe a sugerir a reconstrução do conceito de interesse em recorrer tradicionalmente adotado no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a atribuição, neste ordenamento, de eficácia normativa aos precedentes judiciais.

Palavras-chave: Precedentes – Eficácia normativa – Interesse recursal – Reforma da *ratio decidendi*.

Abstract: The present essay intends to suggest the reconstruction of the Brazilian concept of the right to appeal, once the judicial decisions in this legal system can be considered as effective as the law.

Keywords: Precedents – Effectiveness – Right to appeal – Reexamination of the *ratio decidendi*

Sumário: 1. Introdução. - 2. O precedente no sistema jurídico brasileiro. - 3. A reconstrução de conceitos diversos do direito processual civil em face da eficácia normativa dos precedentes: 3.1. O princípio da igualdade; 3.2. O princípio da segurança jurídica; 3.3. A motivação das decisões judiciais; 3.4. O princípio do contraditório. - 4. O novo conceito de interesse recursal. - 5. Conclusão. - Referências bibliográficas.



1. Introdução

O precedente judicial não é um instituto exclusivo dos sistemas jurídicos fundamentados na tradição do *common law*, apesar de a teoria do precedente ter sido desenvolvida de forma mais preponderante nos países que seguem esta tradição. Em verdade, o precedente judicial é inerente a qualquer ordenamento jurídico, uma vez que existe precedente onde existe decisão judicial. A diferença essencial reside no grau de eficácia que se dá ao precedente nos diferentes sistemas jurídicos¹.

Além disso, as noções de que o direito legislado é suficiente à preservação da igualdade e da segurança jurídica e de que ao juiz não cabe interpretar o direito, mas somente aplicar o texto legislado ao caso concreto - nas quais se apoiou a tradição do *civil law* por muito tempo - foram superadas. Assim o papel do juiz desta tradição se aproximou daquele exercido pelos juízes do *common law*, a quem sempre foi reconhecida a incumbência de criar direito ao decidir. Ainda por conta desta superação, o Judiciário dos países atrelados à *civil law* passou a ter maior liberdade e a decisão judicial passou a ter um papel muito mais importante, por ser reconhecida como fruto da necessária atividade interpretativa do magistrado.

Em vista dessa mudança de paradigma, temos que o sistema que atribui eficácia normativa ao precedente não só é perfeitamente aplicável nos países que seguem a tradição do *civil law*, como já vem sendo incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, que apresenta diversos exemplos de atribuição de eficácia normativa a decisões dos seus órgãos jurisdicionais, inclusive com a recente previsão expressa de respeito ao precedente judicial constante no projeto do novo Código de Processo Civil.

A adoção de um sistema de precedentes faz com que a decisão judicial tenha importância que ultrapassa o limite das partes do processo e atinge todos os jurisdicionados, já

¹ DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 163. Didier segue, explicando que: “O fato de poder haver tratamento jurídico diverso não leva à conclusão de que só se pode falar em precedente, *ratio decidendi* e *obiter dictum* em países em que se atribuiu força normativa à jurisprudência. Do mesmo modo, a circunstância histórica de esses conceitos se terem desenvolvido nos países de *common law* não leva à conclusão de que, por isso, são inservíveis à explicação do fenômeno jurídico em países de *civil law*.” (DIDIER JR., Fredie. Ob cit., p. 163)



que se sujeitarão à aplicação do mesmo precedente, se participarem de demanda com objeto semelhante. Esta consequência implica necessariamente a rediscussão de certos temas tradicionais e consolidados na ciência processual civil brasileira, como a regra da motivação da sentença e o princípio do contraditório, para que seja respeitada a congruência do sistema.

Esse artigo, assim, pretende demonstrar especificamente a necessidade de revisão da noção tradicional de interesse recursal, em face da adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro, de modo a ser adaptado à realidade atual em que as decisões judiciais não apenas tem aptidão para formar a coisa julgada, mas também para formar uma tese jurídica a ser aplicada a todos os casos futuros semelhantes ao que foi decidido na formação deste precedente.

2. O precedente no sistema jurídico brasileiro

Conforme se afirmou, a atribuição de eficácia normativa ao precedente judicial não apenas é possível nos sistemas que seguem a tradição do *civil law*, como vem sendo adotada no ordenamento jurídico brasileiro, que tradicionalmente se vincula a este sistema: além de estar sendo aplicada no Brasil durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a atribuição de eficácia normativa ao precedente judicial está expressamente prevista no projeto de novo Código de Processo Civil. Ou seja, a influência do sistema de precedentes no direito pátrio podia ser evidenciada por inúmeros exemplos, e, agora, o modelo que atribui o caráter de fonte normativa às decisões judiciais será formalmente adotado no Brasil, com a iminente aprovação do texto principal do projeto de novo CPC.

O projeto do novo CPC, cuja tramitação se está encerrando no Congresso Nacional, consolidando a prática desenvolvida no nosso ordenamento jurídico, traz o precedente judicial como tema do seu Capítulo XV. No referido Capítulo, além da expressa previsão de que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente – contida no art. 520² –, traz no seu art. 521³ a dinâmica de aplicação e superação dos

² Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.



³ Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;

b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional;

§ 1º O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial.

§ 2º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

§ 3º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos:

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

§ 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

§ 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput.

§ 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

§ 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

§ 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.



precedentes de forma detalhada, regulamentando o que é o precedente, quais são seus efeitos, quem se vincula a ele, como se interpreta e como pode ser aplicado a cada caso.

A eficácia normativa das decisões judiciais foi, portanto, afirmada no projeto do novo CPC, que trouxe rol expresso de precedentes com efeito vinculativo – sem prejuízo dos demais efeitos que podem ser atribuídos a um precedente, de forma residual (é dizer, quando não forem vinculantes).

Deste modo, a aprovação deste texto institucionalizou o precedente no direito pátrio, consolidando a teoria até o momento desenvolvida, com a devida adequação do sistema de precedentes normativos à tradição jurídica brasileira.

Cabe elucidar que o precedente, no Brasil, mesmo antes da consolidação trazida pelo projeto do novo CPC, podia produzir três tipos de efeitos jurídicos: persuasivo, obstativo de revisão ou vinculante/obrigatório, conforme ensinam Didier, Braga e Oliveira⁴⁻⁵.

Segundo os referidos autores, o precedente persuasivo é aquele que não obriga os demais magistrados, de modo que são seguidos tão somente se convencerem o aplicador da norma de que se trata de uma solução adequada e racional ao caso. Há alguns casos, no ordenamento brasileiro, em que o legislador reconheceu a autoridade do precedente persuasivo, como por exemplo, quando admitiu a interposição de recursos que objetivam a uniformização da jurisprudência com base em precedentes, como os embargos de divergência, previstos no art. 546 do CPC/73⁶, e o recurso especial fundado em divergência, constante no art. 105, III, c, da Constituição Federal⁷, assim como quando concedeu ao magistrado a

⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVIEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 393-395.

⁵ Para Cruz e Tucci, por sua vez, há três tipos de eficácia do precedente do Brasil: (i) eficácia meramente persuasiva, (ii) relativa eficácia vinculante, e (iii) eficácia vinculante. Para ele, tem eficácia vinculante as súmulas do STF, as decisões proferidas pelo STF e TJ's no controle concentrado de constitucionalidade e as decisões proferidas no incidente de processos repetitivos. As súmulas do STJ teriam relativa eficácia vinculante, segundo defende, e os demais precedentes eficácia meramente persuasiva. (TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 111-122.)

⁶ Art. 546 do CPC: É embargável a decisão da turma que:

I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial;

II - em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário.

⁷ Art. 105 do CPC: Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas,



possibilidade de julgar liminarmente improcedentes as causas repetitivas, cuja matéria controvertida seja exclusivamente de direito, e no juízo já tiver sido decidido caso idêntico como improcedente, conforme art. 285-A do CPC/73⁸⁻⁹.

Ainda, os precedentes que têm efeito obstativo são aqueles que têm aptidão de impedir a apreciação de recursos ou a remessa necessária, obstando a revisão de decisões. Este efeito pode ser considerado como um desdobramento do efeito vinculante dos precedentes, por ser um efeito que vincula o magistrado especificamente à não admissibilidade dos recursos ou à dispensa da remessa necessária, quando estiverem em conflito com precedentes judiciais. Exemplos do efeito obstativo dos precedentes são aqueles casos em que o juízo competente para analisar a admissibilidade do recurso está vinculado às diretrizes já estabelecidas em julgamentos anteriores, previstos, por exemplo, nos arts. 475, §3º¹⁰, 518, §1º¹¹, 544, §4º¹² e 557¹³ do CPC/73¹⁴.

Por fim, o precedente terá efeito vinculante (ou obrigatório) quando dotado de eficácia vinculativa em relação aos processos que lhe forem supervenientes e tratarem de situações

em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: [...] c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

⁸ Art. 285-A do CPC: Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVIEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 395.

¹⁰ Art. 475 do CPC: Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] § 3º - Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

¹¹ Art. 518 [...] § 1º do CPC: O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

¹² Art. 544 [...] § 4º do CPC: No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; II - conhecer do agravo para: a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

¹³ Art. 557 do CPC: O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

¹⁴ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVIEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 394-395.



semelhantes. Pelo efeito vinculante do precedente, a norma jurídica do caso concreto criada pelo julgador tem o condão de vincular decisões futuras, de modo que os magistrados estarão adstritos a aplicar a mesma tese jurídica construída no precedente para os casos semelhantes posteriores¹⁵.

Alguns exemplos de atribuição de eficácia vinculante aos precedentes no ordenamento brasileiro de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 são (i) os enunciados da súmula vinculante, (ii) os enunciados da súmula dos tribunais em relação ao próprio tribunal, (iii) os precedentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade, (iv) a inexecutabilidade de títulos judiciais fundados em lei, ato normativo ou interpretação tidos como inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, (v) as decisões acerca da repercussão geral de recursos extraordinários, (vi) as decisões que fixam tese para os recursos extraordinários repetitivos, (vii) e o julgamento de recursos especiais repetitivos.

Sendo assim, tendo em vista os exemplos existentes no Código de Processo Civil de 1973, e, principalmente, a expressa previsão constante no projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, é evidente que o sistema jurídico brasileiro dá força normativa aos precedentes judiciais, o que, em prol da coerência do sistema, implica a revisão de diversos institutos jurídicos, a exemplo do interesse recursal.

3. A reconstrução de conceitos diversos do direito processual civil em face da eficácia normativa dos precedentes

O sistema de precedentes parte do pressuposto de que a atividade jurisdicional não apenas aplica a lei, mas cria Direito. Dessa forma, uma decisão judicial contém não somente o posicionamento quanto ao caso concreto sob julgamento (a norma jurídica individualizada), mas também uma tese jurídica construída para ser aplicada ao caso concreto, que pode ser generalizada e aplicada aos demais casos semelhantes que forem apresentados ao Poder

¹⁵ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVIEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 393-394.



Judiciário (a norma jurídica geral do caso concreto)¹⁶. Esta norma jurídica geral do caso concreto constituirá a *ratio decidendi*¹⁷ do precedente judicial, ou seja, a porção do precedente que terá a eficácia normativa – vinculativa, persuasiva ou obstativa, conforme explicado.

Deste modo, em um sistema que atribui eficácia normativa aos precedentes, uma decisão judicial apta a constituir um precedente importa para o caso em questão, por conta da coisa julgada, mas também para outros casos futuros que se assemelhem a este, uma vez que contém nas suas razões uma tese jurídica a ser aplicada às situações equivalentes¹⁸.

Considerando, assim, a importância dada a algumas decisões quando se trata da tutela de casos similares, há necessidade de se redefinir o entendimento tradicionalmente atribuído a diversos institutos jurídicos no direito pátrio¹⁹.

3.1. Princípio da igualdade

Quanto à norma que prevê o princípio da igualdade, existe necessidade de revisão do seu significado, que deve passar a ser entendido como igualdade perante o Direito (e as decisões judiciais, inclusive), e não somente como igualdade perante a lei²⁰.

Afinal, não há como se concretizar a pretensão de igualdade perante a lei, conforme previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal²¹, sem que haja uma aplicação isonômica da norma jurídica²².

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob.cit., p. 386-387.

¹⁷ Apesar dos diferentes sentidos e significados estabelecidos, principalmente pela doutrina do *common law*, pode-se afirmar que a *ratio decidendi* (razão para decidir) consiste na fundamentação da decisão sobre os fatos da causa, ou seja, a norma jurídica estabelecida pelo julgador para decidir um certo caso.

¹⁸ Nesse sentido, Arenhart afirma que a existência, no Brasil, de decisões vinculantes ampliam os efeitos da decisão judicial, fazendo repercutir as suas consequências sobre as esferas jurídicas de toda a coletividade, não mais apenas das partes do processo. Nas suas palavras: “[...]Note-se que, ao utilizar-se de um processo para nele apresentar decisão vinculante, está o Poder Judiciário a sinalizar que em outros processos, futuramente instaurados, sua decisão ‘quase que obrigatoriamente’ será a mesma [...]” (ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, v. 11, p. 425)

¹⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 396-399.

²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 396.



É dizer, não podemos considerar que haja real isonomia em um sistema que, a despeito de legislar em observância a este princípio, faz aplicação discrepante da mesma norma para casos semelhantes, ou seja, chega a conclusões distintas em face de casos iguais. Nesses casos, a legislação isonômica fica sem razão de ser, pois a sua aplicação prática, de todo modo, não respeita a igualdade almejada formalmente.

Assim, conforme ensina Marinoni, no âmbito do exercício da função jurisdicional, além de impor o tratamento isonômico às partes no processo (paridade de armas, contraditório, igualdade de acesso à jurisdição), o princípio da igualdade deve também abranger a igualdade perante as decisões judiciais²³.

Em verdade, pode-se afirmar, seguindo o que ensina Humberto Ávila, que a vinculação do precedente judicial é decorrência do princípio da igualdade, já que onde existem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, a não ser que existam justificativas para a mudança de orientação, que deverá ser devidamente fundamentada.²⁴

3.2. Princípio da segurança jurídica

No mesmo sentido, o princípio da segurança jurídica também precisa ser revisto, para que seja compreendido como algo que assegura o respeito tanto às situações consolidadas no passado, como às expectativas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente do Poder Judiciário.²⁵

²¹ Art. 5º da CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²² Nesse sentido, Wambier afirma: “Para que seja preservado o princípio da igualdade, é preciso que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados. Interessante que a obtenção da igualdade é objetivo dos sistemas de *civil law* e de *common law*. Nos sistemas de *civil law*, a pauta de conduta dos jurisdicionados, como se viu, não está exclusivamente na letra da lei. Está na lei, enquanto ‘compreendida’ pela doutrina e pelos tribunais.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 172, p. 144.)

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140-149.

²⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 470 e p. 627.

²⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 397-398.



É que, conforme ensina Marinoni, este princípio é composto pela estabilidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de uma conduta²⁶. Ou seja, para que se respeite a segurança jurídica, é preciso que haja estabilidade tanto da legislação quanto da produção judicial, bem como que seja possível ao cidadão definir o seu comportamento e suas ações de acordo com a aplicação da norma jurídica feita pelo órgãos jurisdicionais.

A estabilidade necessária à realização da segurança jurídica está atrelada à noção de continuidade, não só da legislação, como das decisões judiciais, o que deixa evidente a necessidade de respeito ao precedente. A legislação estável não tem razão de ser se não houver estabilidade também das conclusões advindas de julgamentos de casos semelhantes (do mesmo modo que a igualdade promovida pelo texto legal perde o sentido se não for promovida pelas decisões judiciais), pelo que a segurança jurídica, especificamente no seu aspecto que diz respeito à estabilidade, requer a continuidade e respeito aos precedentes.

É preciso ressaltar, como faz Cabral, que continuidade não quer dizer petrificação ou absoluta estabilidade, mas mudança com consistência. Segundo este autor, é um conceito que permite a proteção dos interesses de estabilidade e permanência e, ao mesmo tempo, viabiliza a alteração das posições jurídicas estáveis, fundindo constância e alteração. De acordo com o aspecto continuidade da segurança jurídica, deve existir uma zona em que são permitidas alterações das estabilidades; ao mesmo tempo em que se enxerga uma medida mínima de consistência, há a possibilidade de mudança autorizada de maneira sistêmica e não abrupta.²⁷

Já a previsibilidade, por sua vez, pressupõe a existência da possibilidade de que as pessoas possam orientar o seu comportamento de acordo não apenas com o direito legislado, mas com a interpretação dada à norma jurídica pelos órgãos julgadores, ou seja, de acordo com os precedentes, que expõem a orientação jurisprudencial adotada.²⁸

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 120-123.

²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 289-291.

²⁸ Antonio do Passo Cabral, ao falar de segurança jurídica, elucida que as atividades do Estado mudaram ao longo do tempo também pelo seu aspecto prospectivo e indutivo, de modo que o Estado passou a ter maior ingerência sobre a vida dos cidadãos. Deste modo, o cidadão passou a ser mais dependente de indicadores e parâmetros



Segundo Ávila, o objeto do que ele chama de calculabilidade²⁹ são tanto as normas quanto as decisões judiciais³⁰, já que ela não é fornecida simplesmente pelas regras existentes, mas pelo modo como tais regras são aplicadas³¹. Deste modo, a vinculação do Poder Judiciário aos seus próprios precedentes consiste em um fator de calculabilidade, por permitir maior limitação ao modo como serão aplicadas as regras na prática³². Assim, segundo afirma, o fato de a prática jurisprudencial ser limitada aos seus próprios precedentes a torna compatível com o princípio da segurança jurídica³³.

Sendo assim, a segurança jurídica além de garantir o respeito a situações consolidadas, deve ser visto como ferramenta que assegura também o respeito às expectativas dos jurisdicionados relativamente às condutas que adotarão.

3.3. A motivação das decisões judiciais

Ainda, a regra que determina a necessidade de motivação das decisões judiciais adquire uma nova importância, de modo que, valorizando a função extraprocessual da fundamentação, não seja entendido como suficiente qualquer fundamento da decisão, mas sim aquilo que se

condicionados ou conduzidos pelo Estado para a tomada de decisões e exercício de condutas. (CABRAL, Antonio do Passo. Ob. cit., p. 286.)

²⁹ÁVILA, Humberto. Ob. cit., p. 595-596. Humberto Ávila defende que ao invés de previsibilidade, a segurança jurídica exige a calculabilidade como seu elemento parcial. Segundo afirma, a previsão absoluta das consequências dos atos praticados pelo jurisdicionado é inatingível, considerando que o direito depende de processos argumentativos, de modo que é melhor falar-se em calculabilidade, que significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo direito a fatos ou atos, ou seja, a capacidade de conhecer os sentidos possíveis da norma e a concretização que será efetivamente ou presumivelmente dada a tal norma pelo Poder Judiciário. Embora pertinente a colocação do autor, cabe chamar atenção para o fato de que a atribuição de nomenclatura diferenciada não faz dos conceitos expostos essencialmente diferentes: tanto a previsibilidade, a que se referem os outros autores, como a calculabilidade não tratam de capacidade de prever com absoluta certeza o posicionamento do Judiciário acerca de determinada questão. Inclusive, no entender de Cabral, previsibilidade é um dos aspectos da segurança jurídica compreendido no conceito de continuidade jurídica e, na sua dimensão subjetiva, significa calculabilidade. (CABRAL, Antonio do Passo. Ob. cit., p. 291.)

³⁰ÁVILA, Humberto. Ob. cit., p. 598.

³¹ “[...] não são – rigorosamente falando – as regras que definem com exclusividade a existência ou aumento de segurança jurídica. O que define esse aumento é o modo como se determina que deva ser a sua aplicação. Em outras palavras, não são as regras, mas sim as ‘regras das regras’, que verdadeiramente contribuem, ou não, para a realização da segurança jurídica.” (ÁVILA, Humberto. Ob. cit., p. 609.)

³²ÁVILA, Humberto. Ob. cit., p. 627.

³³ÁVILA, Humberto. Ob. cit., p. 626-627.



reputa como fundamento útil tanto para a solução da questão quanto para a identificação do precedente³⁴.

A necessidade de motivação das decisões é decorrência lógica de um Estado Democrático de Direito, o qual não está autorizado a interferir nas esferas privadas dos indivíduos sem uma devida fundamentação. Deste modo, ao decidir, o magistrado tem a obrigação de justificar a formação da sua convicção naquele processo, ou seja, de fundamentar a sua decisão. Portanto, a motivação consiste em explicar a convicção formada pelo magistrado e a decisão que ele adotou³⁵.

Tradicionalmente, afirma-se que a motivação das decisões tem duas funções principais³⁶: o controle interno da decisão pelas partes e pelos tribunais superiores, chamado de função endoprocessual, e o controle externo e popular da legitimidade da decisão, resultado do exercício da democracia passiva, conhecido como função extraprocessual³⁷⁻³⁸.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 398; MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 290.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 457.

³⁶ Taruffo, nesse sentido, afirma: “En sustancia, la identificación de lo que debe contener la motivación para que la obligación correspondiente quede satisfecha se encuentra directamente determinada por la *ratio* de la misma y, por ello, se coloca en una perspectiva doble: si, por una parte, es necesario tener en cuenta la llamada función endoprosesal de la motivación, en la que suelen inspirarse la jurisprudencia y la doctrina dominante; por la otra, las soluciones formuladas desde esta perspectiva se verifican y se integran en el tenor de la función extraprosesal de la motivación misma, al que se conecta el significado peculiar del principio constitucional. (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução por Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 368).

³⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 292.

³⁸ Quanto à função extraprocessual da motivação da decisão, Taruffo ensina que os destinatários da motivação não são apenas as partes, seus advogados, e o juiz que julgará eventual recurso, mas também a opinião pública, assim, além das óticas privada burocrática, o controle da decisão também é exercido pelo povo em cujo nome a sentença foi proferida, através de uma ótica democrática. Ele afirma: “[...] la motivación no puede concebirse solamente como un trámite de control “institucional” (o sea, en los límites y en las formas reglamentadas por el sistema de impugnaciones vigente), pero también, especialmente, como un instrumento destinado a permitir un control “generalizado” y “difuso” del modo en el que el juez administra la justicia. En otros términos, esto implica que los destinatarios de la motivación no son solamente las partes, sus abogados y el juez de la impugnación, sino también la opinión pública entendida en su conjunto, en tanto opinión de *quisque de populo*. La connotación política de este desplazamiento de perspectiva es evidente: la óptica “privatista”, del control ejercido por las partes y la óptica “burocrática” del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica “democrática” del control que debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia.” (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Ob. cit., p. 361.). No mesmo sentido, Wilson Alves de Souza afirma que a importância da fundamentação das decisões para a sociedade como um todo é inegável. Para ele a motivação tem grande importância pois permite que o verdadeiro titular do poder, o povo, saiba como os juizes estão exercendo



No entanto, num contexto em que a decisão judicial detém força normativa e constitui precedente, é preciso identificar outras funções da fundamentação das decisões.

É que, considerando que a fundamentação abriga o núcleo normativo do precedente, que é a *ratio decidendi*, ela passa a ter outra função além daquela tradicionalmente identificada, qual seja, a de fonte normatizadora e, conseqüentemente, concretizadora de princípios. É dizer, a motivação de uma decisão jurisdicional, num sistema em que há eficácia do precedente – seja vinculativa ou persuasiva –, serve, dentre outras coisas, como fonte de regras aplicáveis a casos futuros e como garantidora da segurança jurídica, enquanto proporciona a publicidade do que foi decidido pelo juiz e a previsibilidade do posicionamento adotado pelo judiciário.

3. 4. O princípio do contraditório

Por fim, o princípio do contraditório deve ser igualmente redimensionado, de modo a ser superada a visão – sempre existente – de que o mesmo serve à contribuição da formação, exclusivamente, da norma jurídica individualizada produzida pela decisão judicial. Ou seja, é necessário rever a visão segundo a qual o contraditório implica, tão somente, o alcance de uma solução para o caso mediante a participação efetiva das partes diretamente envolvidas na lide³⁹.

Isto porque, considerando que da decisão judicial é possível extrair não apenas a decisão quanto ao que deve ser feito naquele caso concreto, mas também a *ratio decidendi* (tese jurídica generalizável a outros casos semelhantes), o contraditório passa a ser visto como um direito de participação na construção também desta última, que poderá ser aplicada a situações futuras similares. O contraditório, portanto, deve passar a ser compreendido como um direito de participação na formação da norma jurídica resultante da decisão judicial,

a sua função, bem como se faz importante para o fim de análise dos precedentes judiciais e expedição de enunciados de súmula de jurisprudência dos tribunais, porquanto contém explicação a respeito do caso decidido. (SOUZA, Wilson Alves de. *Motivação da sentença civi*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 197-198.).

³⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 399.



estando incluídas neste conceito tanto a norma jurídica individualizada (a solução do caso concreto), como a norma jurídica geral do caso concreto, ou, melhor dizendo, a *ratio decidendi*, tese jurídica construída na decisão.

A importância prática desta nova compreensão do princípio do contraditório consiste na redefinição de outros conceitos por via de consequência: as possibilidades de intervenção de *amicus curiae* precisam ser expandidas; as hipóteses de intervenção de terceiro, bem como os critérios para o seu cabimento, devem, igualmente, ser ampliados⁴⁰; e, por fim, é imprescindível que seja redefinido o conceito de interesse recursal.

4. O novo conceito de interesse recursal

Considerando o quanto exposto no item anterior, relativamente à eficácia dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, chegamos à evidente conclusão de que muitas decisões judiciais neste ordenamento têm importância para além do caso que decidem. A fundamentação de uma decisão judicial terá influência – ora vinculativa, ora persuasiva – na decisão de todos os casos futuros que tratem de questões semelhantes, até o eventual momento em que haja motivos para se adotar um novo posicionamento, o qual, via de regra, passará a valer, com os mesmo efeitos do anterior, para os casos seguintes.

Assim, a motivação das decisões, conforme afirmado, tem funções outras além daquelas tradicionalmente estudadas, servindo, também, como fonte da norma jurídica geral do caso concreto aplicável aos casos futuros e pauta de conduta, não apenas para os juízes, mas também para os jurisdicionados.

Diante disso, faz-se necessário, em prol da coerência do sistema, possibilitar aos jurisdicionados que intervenham não somente na formação do dispositivo da decisão, que fará coisa julgada, mas também, e de forma autônoma, na fundamentação desta mesma decisão, que constituirá a fonte da norma jurisprudencial a ser adotada em casos futuros e que servirá de pauta para o comportamento dos jurisdicionados a partir de então.

⁴⁰ Nesse sentido, ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p. 425-438.



Como consequência disso, o interesse recursal deve passar a abranger, além do interesse na alteração do quanto decidido relativamente ao caso concreto, ou seja, da norma individualizada que constitui o dispositivo, o interesse na definição do precedente, ou melhor, da norma jurídica geral do caso concreto, independentemente de discussão da conclusão a que se chegou na decisão judicial⁴¹.

Ou seja, se as razões de uma decisão do Supremo Tribunal Federal podem vincular juízes e tribunais no julgamento de outros processos, conforme previsão do art. 521 do projeto do novo CPC, com função que ultrapassa o âmbito daqueles que participam do processo, a revisão desta decisão não pode ficar subordinada à possibilidade de reforma do seu dispositivo, que diz respeito somente às partes⁴².

Para tanto, é necessário rever o conceito tradicional de interesse recursal.

Como se sabe, a existência de interesse recursal pressupõe que haja necessidade do emprego da via recursal e, ao mesmo tempo, utilidade na prestação jurisdicional que se requer com o recurso⁴³.

A necessidade do emprego das vias recursais ocorre quando o recurso for o único meio para obter, no mesmo processo, aquilo que se pretende com relação à decisão impugnada.⁴⁴ Assim sendo, não há dificuldade em identificar, de acordo com este conceito, que o recurso contra a fundamentação da decisão é necessário, já que inexistente outro meio para se discutir a norma jurídica geral. O conceito de necessidade, portanto, prescinde de revisitação, já que,

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 3, p. 53-54.

⁴² É importante salientar que os efeitos do precedente e da coisa julgada divergem tanto quanto aos seus limites objetivos, quanto aos seus limites subjetivos, já que a eficácia do precedente vincula todo o ordenamento, enquanto que o efeito da coisa julgada vincula tão somente as partes que participaram do processo em que foi formada. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 298-300.)

⁴³ Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 298; NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 261; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Ob. cit., p. 52.

⁴⁴ NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 261.



conforme estudado atualmente, não obsta a admissibilidade do recurso que impugna somente a fundamentação de uma decisão.

Por outro lado, quanto à utilidade do recurso, é preciso haver uma ampliação de conceito. É que, tradicionalmente entende-se que a utilidade está presente quando houver possibilidade de proveito ou benefício, patrimonial ou não, do ponto de vista prático, com a reforma da decisão que se requer⁴⁵. Entretanto, o resultado prático que se busca e que justifica a utilidade em questão não pode estar limitado ao âmbito que vai atingir somente as partes do processo (o dispositivo), mas deve incluir também a alteração da fundamentação da sentença. Assim, é preciso ter em conta que o benefício ou melhoria da situação do recorrente como resultado prático almejado com o recurso pode ocorrer, também, em consequência da reforma da motivação da decisão, sem que haja modificação do dispositivo, e para o julgamento de casos futuros (e não do caso em questão).

A utilidade do novo julgamento pode, portanto, existir ainda que inexista pretensão de alteração do dispositivo, mas exista possibilidade de alteração da fundamentação da decisão, se tal mudança for mais benéfica para o recorrente, seja por evitar a formação de um novo precedente ou por ensejar a superação do precedente existente.

O vencedor em uma ação pode, por exemplo, recorrer para fazer valer um fundamento (de ação ou de defesa) que tenha suscitado e que tenha sido rejeitado ou não apreciado. O resultado da conclusão contida no dispositivo daquele processo será o mesmo, mas o eventual acolhimento do fundamento pretendido altera a *ratio decidendi* do precedente, e, portanto, a maneira como os casos futuros que se assemelhem serão decididos, o que pode ser mais vantajoso para o referido vencedor.

Assim, é possível visualizar, por exemplo, como têm interesse em reformar a fundamentação de uma decisão as pessoas jurídicas que enfrentam diversas ações semelhantes, baseadas nos mesmos fundamentos, e que, portanto, sabem que existirão casos futuros equivalentes, aos quais será aplicado o precedente advindo da decisão do caso que

⁴⁵ Neste sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Ob. cit., p. 52 e SOUZA, Bernardo Pimentel. Ob. cit., p. 63.



servirá como paradigma. Nesses casos, é possível, ainda que um dos fundamentos de defesa destas pessoas jurídicas sirva também de fundamento para os demais casos que poderá enfrentar, de modo que será muito mais benéfico a ela que a causa seja julgada improcedente com base neste argumento.

Ainda, é possível pensar em casos em que, por exemplo, apesar de o resultado ter sido benéfico, a fundamentação pode não ter sido suficientemente clara ou concisa, de modo que seja interessante à parte vencedora o recurso para consolidar de forma mais adequada o precedente formado sem que haja qualquer necessidade de alteração do dispositivo⁴⁶.

Mesmo a parte vencida, de acordo com o entendimento ora exposto, pode recorrer almejando a reforma tão somente da fundamentação da sentença, se as razões de decidir que pretende que sejam adotadas forem menos gravosas para si, considerando a possibilidade de existência de casos posteriores equivalentes. Evidente que, em regra, considerando que já está interpondo recurso, a parte vencida provavelmente irá pleitear a reforma do dispositivo da decisão; mas, pode requerer a reforma da fundamentação de maneira subsidiária.

Em todos esses casos, a pretensão de reforma da fundamentação visa a revogar o precedente formado, através do *overruling*⁴⁷, ou evitar que se forme um precedente que lhe seja desvantajoso, quando a situação nunca tiver sido discutida anteriormente.

Há, ainda, os casos em que o recurso contra a fundamentação pretende, ao contrário, evitar que ocorra um *overruling*. Assim, também como exemplo de casos em que a reforma da fundamentação da decisão poderia beneficiar a parte que não tem interesse em reformar o dispositivo, é possível citar aqueles em que apesar de ter decidido em um sentido, o órgão jurisdicional já demonstra, como *obter dictum*, uma mudança de entendimento jurisprudencial

⁴⁶ Seria o caso, por exemplo, do julgamento do STF sobre união homoafetiva. Nesta decisão, embora o instituto tenha sido reconhecido, os ministros não deixaram claros os motivos pelos quais o casal homoafetivo foi reconhecido como entidade familiar. Se coubesse recurso contra esta decisão do STF, poderia se cogitar da reforma da fundamentação sem a necessidade de reforma do dispositivo, que foi favorável. (STF. Pleno. ADFP n. 132 e ADI n. 4277, rel. Ministro Ayres Britto, j. em 05/05/2011, publicados no DJE de 16/05/2011.)

⁴⁷ O *overruling* (ou revogação) trata-se de técnica de superação do precedente, a partir da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por um novo precedente.



a ser adotada no futuro, técnica conhecida como sinalização ou *signaling*⁴⁸. Do mesmo modo, os casos em que ocorre o *overruling* prospectivo⁴⁹, técnica de modulação dos efeitos do precedente, em que o órgão julgador decide em um sentido, por conta da proteção à confiança e da segurança jurídica, mas, em suas razões, já estabelece uma mudança de entendimento, de modo que as situações semelhantes passem a ser decididas em sentido diverso no futuro.

O *overruling* prospectivo foi o que ocorreu no seguinte caso, que chegou à apreciação do Supremo Tribunal Federal: A Embraer, logo após a crise econômica mundial, promoveu uma despedida coletiva que foi levada à apreciação do judiciário trabalhista. Ao julgar recurso da Embraer, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que a dispensa coletiva não foi abusiva e que não houve violação da boa-fé objetiva, pois não havia até o momento qualquer restrição a este tipo de conduta empresarial, ainda que construída pela jurisprudência. Ocorre que, no mesmo acórdão, o Tribunal Superior do Trabalho fixou premissa de que, em relação a casos futuros, a negociação coletiva será requisito essencial para a despedida em massa de empregados⁵⁰. Assim, o Tribunal, evitando proceder a um *overruling* com eficácia retrospectiva, se limitou a realizar o *overruling* para as situações vindouras, dando conhecimento de qual será a futura orientação jurisprudencial a ser adotada em casos semelhantes.

Contra esta decisão do Tribunal Superior do Trabalho, a Embraer interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, muito embora tenha sido vencedora na causa, pretendendo tão somente a discussão acerca desta premissa fixada em sede de fundamentação

⁴⁸ Por meio desta técnica, adota-se um posicionamento para o caso concreto, anunciando, por outro lado, como *obiter dictum*, uma possibilidade de mudança de entendimento para as situações futuras que se assemelhem. Não se trata de distinção do caso nem revogação do precedente. Em verdade, o Tribunal se manifesta externando preocupação com a justiça da solução expressa no precedente atualmente vigente. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 415; MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 206, p. 74.)

⁴⁹ O *prospective overruling*, ou *overruling* prospectivo consiste na modulação de efeitos da alteração do precedente, permitindo a sua eficácia somente para o futuro, de modo a evitar surpresas injustas aos jurisdicionados ou o tratamento desigual de pessoas que se encontram em situações semelhantes ao mesmo tempo. (MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., p. 74.)

⁵⁰ “[...]Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que -a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores-, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial.” (TST, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, RODC nº 30900-12.2009.5.15.0000, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julgado em 10/08/2009, publicado no DJU de 04/09/2009)



da decisão. Este apelo não foi admitido na origem; houve, então, a interposição de Agravo de Instrumento, que não foi provido e, posteriormente, de Agravo Regimental, o qual foi provido, dando, finalmente, sequência ao recurso extraordinário. O ministro relator, Marco Aurélio, proferiu pronunciamento declarando entender que os pressupostos gerais de recorribilidade, representação processual e oportunidade foram observados na interposição do recurso, e se posicionando no sentido da existência da repercussão geral⁵¹, no que foi acompanhado pela maioria dos ministros. Assim, o Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, admitindo o recurso⁵². Esta decisão reforça a tese, aqui sustentada, de que são admissíveis recursos que pretendam a reforma tão somente da fundamentação da sentença e, portanto, de que carece de revisão a tradicional noção de interesse recursal.

Importa aduzir, também, a hipótese do recurso interposto por terceiro prejudicado, em que é facilmente visualizável a possibilidade de o terceiro obter vantagem com a reforma da fundamentação da decisão, independentemente de alteração da sua conclusão. Para o terceiro, tanto quanto para a parte, enquanto jurisdicionado (ou representante deste) e sujeito ao mesmo ordenamento, a formação do precedente terá extrema relevância, uma vez que, sendo titular da mesma relação jurídica discutida, ou de uma semelhante, poderá ser parte de demanda análoga no futuro. Assim, a possibilidade de influenciar na formação da *ratio decidendi*, ou seja, de participação no contraditório, se faz essencial.

⁵¹ “[...] Informo ter Vossa Excelência, no pronunciamento de folha 1297 a 1300, reconsiderado a decisão anterior e provido o agravo, dando sequência ao extraordinário. Os pressupostos gerais de recorribilidade, representação processual e oportunidade foram observados na interposição do recurso. 2. Está-se diante de situação jurídica capaz de repetir-se em um sem-número de casos, sendo evidente o envolvimento de tema de índole maior, constitucional. O Tribunal Superior do Trabalho assentou que a denominada dispensa em massa há de ser precedida de negociação coletiva, afastando a regra alusiva à possibilidade de o tomador dos serviços, observado o texto da Carta Federal atinente às verbas indenizatórias, vir, a qualquer momento, a implementar a cessação do liame empregatício. 3. Pronuncio-me pela existência de repercussão geral [...]” (STF, RE nº 647.651/SP, Min. Marco Aurélio, proferido em 01/08/2012, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=4077977>>, acesso em 17/03/2013.)

⁵² STF, RE nº 647.651/SP, Min. Marco Aurélio, proferido em 13/05/2013, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4104046>>, acesso em 24/07/2013.



Arenhart, ao defender a ampliação do conceito de interesse jurídico para fins de intervenção de terceiro no processo civil brasileiro em face das decisões vinculantes admitidas neste ordenamento, afirma ser necessário pensar especialmente na ampliação deste conceito para admitir o recurso do terceiro nos precedentes que darão origem às súmulas ou às decisões vinculantes, já que tais decisões terão clara repercussão além do processo julgado⁵³.

Entretanto, vale salientar que o autor entende que deveria ser admitida a intervenção do indivíduo, e não apenas do legitimado extraordinário coletivo, nos moldes do conceito de interesse na intervenção adotado nos sistemas de *common law*⁵⁴. A ideia que fundamenta esta solução corrobora a tese ora defendida no sentido de que a existência de precedentes com eficácia vinculante no Brasil requer sejam revistos diversos conceitos processuais. No entanto, a permissão da intervenção de indivíduos titulares de direito individual análogo ao discutido na causa certamente geraria grandes tumultos nos processos.

Assim, tendo em vista que o precedente a ser formado se trata de uma solução que pode atingir a esfera individual de diversos indivíduos – e, portanto, há necessidade de se permitir o contraditório a tais indivíduos – e, por outro lado, em respeito à duração razoável do processo, a solução prática mais plausível é permitir a intervenção, inclusive através de recurso, apenas do legitimado à proteção de interesse coletivo (seja o Ministério Público atuando enquanto *custos legis*, ou qualquer outro órgão com tal legitimidade), quando a finalidade for influenciar na formação do precedente⁵⁵.

⁵³“Especialmente cabe pensar na ampliação do conceito de interesse de intervenção (para o recurso de terceiro prejudicado) para admitir o recurso deste terceiro *nos precedentes que darão origem às súmulas ou às decisões vinculantes*. Autorizar-se este recurso apenas quando já se aplica a decisão vinculante – para negar seguimento à apelação, para rejeitar liminarmente a inicial ou para julgar com base em súmula – é, por via transversa, inviabilizar a participação deste terceiro.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p. 438)

⁵⁴ Arenhart aduz, após expor a tendência do direito processual civil brasileiro a criar mecanismos vinculantes e a consequente repercussão de uma decisão na esfera jurídica de terceiros, que: “[...] urge repensar o conceito de ‘interesse de intervenção’, que autoriza todas as formas de intervenção de terceiros e, especialmente, o recurso de terceiro prejudicado, já que esta parece ser a via mais simples, rápida e adequada para que tais pessoas possam, no feito em trâmite, expor suas razões. Nesse passo, havendo nítida inspiração no sistema da *common law* para a atribuição de efeito vinculante às decisões judiciais, calha colher a experiência norte-americana a respeito de institutos semelhantes, para imaginar como deva comportar-se a intervenção de terceiros diante de causas cuja decisão possa repercutir na esfera de terceiros.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. cit., p. 433-434.)

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 1, p. 344-345.



Nesse ponto, cabe trazer à apreciação mais um julgamento do Supremo Tribunal Federal. Em fevereiro de 2008, esta Suprema Corte admitiu a intervenção de um sindicato (Sindicato da Indústria do Fumo do Estado de São Paulo - SINDIFUMO), na qualidade de assistente simples, em um processo que envolvia uma indústria de cigarros e em que se discutia a constitucionalidade de meios de coerção indireta para o pagamento do tributo⁵⁶. Apesar de o Sindicato não manter com o assistido uma relação jurídica conexa à discutida, o STF entendeu haver interesse jurídico pela constatação de que o julgamento da questão poderia definir a orientação jurisprudencial sobre ela, e, assim, serviria para a solução de diversos casos que fossem semelhantes. É dizer, o Supremo, admitindo a força vinculante dos seus precedentes, reconheceu a necessidade de permitir a ampliação do debate antes da formação deste precedente, através da ampliação da concepção de interesse jurídico que autoriza a assistência. De acordo com esse entendimento, seria igualmente possível permitir que o Sindicato em questão interpusse recurso neste processo, mesmo como terceiro. Assim, tal decisão também evidencia a tese aqui sustentada relativa à reestruturação do Direito brasileiro em face da atribuição de eficácia vinculante aos precedentes deste ordenamento⁵⁷.

Deste modo, é cabível recurso interposto pelo legitimado extraordinário coletivo, mesmo enquanto terceiro, se não tiver participado do processo através de outro tipo de intervenção, visando alterar simplesmente a fundamentação da sentença, quando a formação da *ratio* seja de interesse da coletividade representada.

Sendo admissíveis os recursos que impugnam tão somente a fundamentação de uma decisão, algumas noções consolidadas na ciência processual brasileira devem ser igualmente revistas.

⁵⁶ “[...] Reputo presente o interesse jurídico do postulante para intervir no recurso extraordinário como assistente simples do recorrente. Reconheço que o mero interesse na resolução da demanda, como forma de firmar orientação jurisprudencial que eventualmente será útil ou desastrosa a determinado sujeito de direito é insuficiente para que se repute presente interesse jurídico de intervenção em processo judicial. [...] O interesse da postulante, portanto, extrapola a mera conveniência e interesse econômico de participação em processo que irá definir orientação jurisprudencial aplicável a um número indefinido de jurisdicionados. [...]” (STF. Questão de Ordem em Recurso Extraordinário n. 550.769/RJ. rel. Ministro Joaquim Barbosa, j. em 28/02/2008, publicada no Informativo do STF n. 496, p. 6-7 do voto do relator.)

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. Ob. cit., p. 343-345.



Deste modo, os enunciados nº 283 da súmula do Supremo Tribunal Federal⁵⁸ e nº 126 da súmula do Superior Tribunal de Justiça⁵⁹ deixam de fazer sentido, já que determinam, em suma, ser inadmissível o recurso contra decisão sustentada por mais de um fundamento suficiente que não impugne todos estes fundamentos. É que o fundamento para esta inadmissibilidade é a ausência de alteração no dispositivo da decisão, que restaria sustentada pelos fundamentos não impugnados. Como visto, a reforma do dispositivo não deve ser essencial à configuração do interesse em recorrer. Assim, é admissível um recurso extraordinário contra o fundamento constitucional da decisão, ainda que não tenha sido interposto recurso especial contra os demais fundamentos que a sustentem, assim como o recurso especial será admissível ainda que não tenha sido interposto recurso extraordinário contra fundamento constitucional suficiente da decisão.

Ainda, a afirmação de Barbosa Moreira no sentido de que o processo não existe simplesmente para o debate de teses, sem consequências concretas⁶⁰, deixa de fazer sentido, uma vez que a o debate de teses no processo traz consequências concretas para a ordem jurídica, tendo em vista que a partir dele se forma o precedente a ser aplicado em inúmeros casos.

A regra de que o recurso da parte vencedora é inadmissível deixar de existir: o recurso de qualquer das partes tem, em regra, aptidão para admissibilidade, desde que o resultado prático advindo com a reforma, seja do dispositivo, seja da fundamentação da decisão, traga maior vantagem à parte que pretende recorrer.

Cabe ressaltar que não se trata de extinguir a utilidade como um dos pressupostos para que se configure o interesse recursal, mas de ajustar o seu conceito: a utilidade é constatada em face do resultado prático mais vantajoso que se poderá obter com a interposição do recurso; ocorre que esse resultado prático poderá ser consequência tanto da reforma do

⁵⁸ STF Súmula nº 283 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

⁵⁹ STJ Súmula nº 126 - É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. cit., p. 301.



dispositivo da decisão, quanto da reforma da fundamentação, de forma independente, bem como não ocorrerá necessariamente no mesmo processo. Assim, é útil o recurso que puder trazer vantagem prática à parte que recorre através da reforma que pretenda, independentemente de qual elemento da decisão seja reformado e de quando este resultado mais vantajoso será desfrutado.

Assim, a hipótese ora defendida trata-se de uma ampliação das possibilidades de se interpor um recurso, sem, contudo, tornar ilimitado este rol. A utilidade não deixa de pressupor um resultado prático mais vantajoso, entretanto, tal resultado pode advir, conforme longamente afirmado, da alteração dos fundamentos em que se baseou a decisão, o que trará benefícios no julgamento de casos futuros, e não no processo em curso.

Considerando que o resultado almejado com o recurso, que faz parte da definição de interesse em recorrer, deve ser juridicamente e objetivamente vantajoso para o impugnante⁶¹, não há como se afastar a possibilidade de impugnação das razões de decidir, uma vez que, num sistema em que precedentes judiciais têm eficácia normativa, inclusive vinculante, a formação de um precedente que lhe seja favorável constitui inegável vantagem jurídica e objetiva.

Por fim, cabe frisar que a possibilidade de interposição de recurso contra a fundamentação da sentença não é absolutamente estranha à tradição da ciência processual brasileira. É que, apesar de a doutrina de um modo geral não atentar para este fato, os embargos de declaração são, essencialmente, recurso que se dirige contra a fundamentação da sentença, de modo que apenas em alguns casos existe a possibilidade de alteração do dispositivo através deste remédio processual.

Em suma, a construção do precedente não pode depender de possível alteração do que vai constituir coisa julgada, já que constituem coisas distintas e independentes nos seus conteúdos e efeitos, e que a formação do precedente importa a todos os jurisdicionados e não apenas às partes do processo.

⁶¹ MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 162-163.



A reconstrução da tradicional noção de interesse recursal é, portanto, uma questão de coerência. Um sistema que atribui eficácia normativa às suas decisões judiciais, inclusive vinculativa, como é o caso do Brasil, deve permitir que os jurisdicionados, que são na sua totalidade afetados com a construção de um precedente, interfiram na formação da *ratio decidendi* deste precedente, independentemente de qualquer alteração do dispositivo da decisão.

5. Conclusão

Demonstrada a importância das decisões judiciais no Brasil, já que, além de formarem a coisa julgada - importante, geralmente, para as partes do processo -, constituem precedente - importante para todos os jurisdicionados, já que deve ser seguido e aplicado a todos os casos equivalentes vindouros -, resta clara a necessidade de reconstrução do conceito de interesse recursal, além de outros conceitos do processo civil.

Como visto, considerando que a decisão judicial, no Brasil, pode ter eficácia vinculativa *erga omnes*, a sua fundamentação, (sobre a qual recai esta eficácia) terá importância para além das partes, independentemente da conclusão a que chegue. Assim, é preciso permitir que haja, como regra, possibilidade de revisão da fundamentação da decisão judicial, ainda que não se pretenda alterar o dispositivo desta. Para tanto, faz-se imprescindível visitar a noção tradicional de interesse recursal, para que possa ser adaptada a esta nova realidade.

Para que se chegue à reconstrução do conceito de interesse recursal ora sugerida, é preciso dar novo enfoque ao o critério da utilidade: deve ser considerando igualmente útil o recurso que resultar na alteração simplesmente da fundamentação da decisão, porquanto tal alteração possa trazer resultado benéfico à parte que a requereu, considerando que formará precedente, a ser aplicado a casos futuros.

Ressalte-se que não se trata de extinguir os critérios para constatação do interesse em recorrer e, menos ainda, de extinguir tal requisito de admissibilidade. Trata-se, em verdade, de ampliar-lhe o conceito, de modo que se permita como regra a utilização do recurso para



reformular apenas a *ratio decidendi*, seja interposto pela parte seja por terceiro interessado, tendo em vista a coerência do sistema.

Esta é, portanto, a sugestão do presente trabalho, tendo em vista a adoção de um sistema de força normativa dos precedentes judiciais pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Referências Bibliográficas:

ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, v. 11.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Questão de Ordem em Recurso Extraordinário n. 550769. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629992>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 05 de maio de 2011.



Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário com Agravo n. 647651. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 01 de agosto de 2012. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=4077977>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n. 30900-12.2009.5.15.0000. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Órgão julgador: Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Brasília, DF, 10 de agosto de 2009. Disponível em:
<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-RODC%20-%2030900-12.2009.5.15.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAta7AAS&dataPublicacao=04/09/2009&query=>>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: A justificação e aplicação de regras judiciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. v. 1.

_____. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: Jus Podivm, 2012.



DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 3.

_____; _____. *Editorial 95*: Recursos repetitivos e posição do tribunal recorrido. In: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-95/>>. Acesso em: 25 de março de 2013.

_____; _____. *Editorial 167*. In: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-167/>>. Acesso em: 04 de abril de 2013.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. vol. 5.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, n. 206, p. 61-77.



MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Wilson Alves de. *Motivação da sentença civil*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 197-198

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Tradução por Lorenzo Córdoba Vianello. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 172, p. 121-174.

_____ (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



Triângulo da Violência argumentativa- cortes superiores, supremas e constitucionais: decisão monitorada em uma democracia monitória¹

(Triangle of Argumentative Violence- supreme, superior and constitutional courts: decision monitored in a monitory democracy)

Thiago Santos Aguiar de Pádua

Lawyer in Brazil. LL.M Candidate.

Resercher at the Brazilian Center for Constitutional Studies (BCCS/CBEC)

Abstract: This article aims to make a legal approach to decision-making of Supreme, Superior and Constitutional Courts, from the concept of “Monitory Democracy” in John Keane, and the most prominent threat to its existence, the “Triangle of Violence, composed of: 1) Nuclear Anarchy, 2) Uncivil War, and 3) Apocalyptic Terrorism, also from John Kene. In this sense, we coined the “Triangle of Argumentative Violence”, in which we list three vertices that would be dangerous for “Monitory Democracy”: 1) Argumentative Anarchy, from the distinction between deliberative models (*seriatin* and *per curiam*), 2) Uncivil Dispute, when we discuss the so called “*Rambo Tactics*”, and 3) *Ad Terrorem* Argument. This is a brief analysis.

Resumo: O presente artigo busca fazer uma abordagem jurídica da tomada de decisão das cortes superiores, supremas e constitucionais a partir do conceito de “Democracia Monitória” em John Keane, e sobre a mais proeminente ameaça à sua existência, o “Triângulo da

¹ Um agradecimento especial aos professores Jefferson Carús Guedes, Luís Carlos Martins Alves Jr., Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Pablo Malheiros da Cunha Frota, André Pires Gontijo e a todos os colegas mestrands e doutorandos que se dispuseram a fazer uma leitura prévia, contribuindo com sugestões e críticas.



Violência”, composto por: 1) Anarquia Nuclear, 2) Guerra Incivil, e 3) Terrorismo Apocalíptico, também a partir de John Keane. Neste sentido, cunhamos a expressão “Triângulo da Violência Argumentativa”, no qual elencamos três vértices que seriam perigosos para “Democracia Monitória”: 1) Anarquia Argumentativa, quando pesquisamos a distinção entre modelos deliberatórios (*seriatin* e *per curiam*), 2) Disputa Incivil, quando abordamos as chamadas “*Rambo Tactics*”, e 3) Argumento *Ad Terrorem*. Esta é uma breve análise.

Keywords: Monitory Democracy. Triangle of Argumentative Violence. Decision-Making. Seriatin Decisions. Per Curiam Decisions.

Palavras-chave: Democracia Monitória. Triângulo da Violência Argumentativa. Tomada de Decisão. Decisões Seriadas. Decisões da Corte.

Summary: 1 – Initial Considerations. 2 – The Monitory Democracy. 3 – Triangle of (Argumentative) Violence. 3.1 - Triangle of Argumentative Violence: The process of appointment of Judges to the courts. 3.2 - Triangle of Argumentative Violence: Debates of the judges and the pursuit of rationality. 4 – Final considerations. 5 - References.

Sumário: 1 - Considerações Iniciais. 2 - A Democracia Monitória. 3 - Triângulo da Violência (Argumentativa). 3.1 - Triângulo da Violência Argumentativa: Escolha de Membros de Tribunais. 3.2 - Triângulo da Violência Argumentativa: Debates dos Julgadores e a Busca da Localização da Racionalidade. 4 - Considerações Finais. 5 - Referências Bibliográficas.

1. Considerações Iniciais

“A razão pela qual o judiciário é uma espécie de aliado valioso para qualquer classe ou movimento político é que as Cortes, quando a pretexto de falar em nome da Constituição,



mesmo quando falam falsamente, são a única instituição na América que clama finalidade absoluta para suas decisões, às quais é conferido status superior pelos outros organismos. A Constituição não prevê nenhuma checagem sobre as Cortes, exceto a altamente incerta autoridade para designar novos Juízes quando ocorrem vacâncias. Uma série de surpresas desagradáveis no comportamento de novos Juízes sugere que os poderes de indicação não são mais que uma salvaguarda. (...) As performances das Cortes fazem um strike no coração do conceito de república. Sem nenhuma autorização do Direito, nove advogados dividem-se em 5 a 4, e os julgamentos do Congresso, do Presidente, das legislaturas estaduais, Governadores, outros juízes federais de outros 50 Estados são tornadas instantaneamente irrelevantes. O que quer que isso seja, não é democracia ou forma republicana de governo. É uma oligarquia togada.” R. Bork²

O presente artigo utiliza uma representação simbólica para abordar a racionalidade/irracionalidade de alguns aspectos sobre as Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais³ relacionados ao seu agir decisório, buscando refletir sobre algumas práticas, ao tempo em que se realiza um convite para o prosseguimento do diálogo.

A partir dos motes articulatórios do conceito de “Democracia Monitoria”⁴, conforme elaborados por John Keane em sua obra “Vida e Morte da Democracia”, e a partir da descrição

² Tradução do original nossa: “The reason the judiciary is such a valuable ally to any class or political movement is that the courts, when purporting to speak in the name of the Constitution, even if they speak falsely, are the only institution in America that claims absolute finality for its decisions and is accorded that superior status by all other bodies. The Constitution provides no check upon the courts other than the highly uncertain authority to appoint new judges when vacancies occur. A series of unpleasant surprises in the behavior of new judges suggests that the appointment power is not much of a safeguard. (...) The Court’s performance strikes at the heart of the concept of a republic. Without any warrant in law, nine lawyers split five to four, and the judgments of Congress, the President, state legislatures, governors, other federal judges, and the judges of all 50 states all are made instantly irrelevant. Whatever else it is, that is not democracy or a republican form of government. It is a robed oligarchy”. Cfr: BORK, Robert “Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary”, Heritage Lectures, n 1147 (2008), p. 3-4.

³ A distinção entre Cortes Supremas, Superiores e Constitucionais é reconhecida por este trabalho, embora não seja importante um tratamento mais denso e profundo para os fins aqui abordados. Em que pese tal questão, esta distinção será feita no decorrer do trabalho.

⁴ Embora seja retomada de maneira mais densa na sequência do artigo, podemos afirmar, a partir de John Keane, que Democracia Monitoria (*Monitory Democracy*) é uma “nova” forma histórica de democracia, oriunda da mistura das duas formas históricas anteriores (Democracia por Assembleia e Democracia Representativa), em que se busca mais do que eleições limpas, livres e justas. A Democracia Monitoria está atrelada ao permanente escrutínio do exercício do poder. A Democracia Monitoria é muito mais sensível às arbitrariedades do poder que



do “Triângulo da Violência”⁵, obtivemos a inspiração para o desenvolvimento do “Triângulo da Violência Argumentativa”⁶.

Parte-se da premissa de que nada pode ser mais chocante e danoso para a democracia, no âmbito da prática cotidiana dos Tribunais, que a ausência de diálogo e a violência que caracteriza determinados tipos e espécimes de argumentação, e mesmo a falta dela. Aliás, a democracia deve deixar de ser “esta coisa limitada, condicionada, amputada, sequestrada”, sendo necessário que “se abra o debate, para que a sociedade civil encare a contradição e deixe de viver de empréstimo”⁷.

Em linhas gerais, assumindo-se a existência de um novo tipo de democracia, chamada de “monitória”, um novo tipo de crítica e de controle deve ser exercido sobre os Tribunais Supremos, Superiores e Constitucionais⁸, e as suas decisões (que tornam insubsistentes normas criadas por parlamentos eleitos democraticamente), que representam o mais significativo

suas precedoras. Nas palavras de Keane: “*Democracy came to mean the continuous public scrutiny, chastening and control of power, wherever it is exercised, according to standards ‘deeper’ and more universal than the old reigning principles of periodic elections, majority rule and popular sovereignty*”. Cfr.: KEANE, John. The Origins of Monitory Democracy. The Conversation, 24 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.theconversation.com/the-origins-of-monitory-democracy-9752>>, acesso em 08.07.2014; KEANE, John. Vida e Morte da Democracia, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p.531-792.

⁵ Da mesma forma, retomaremos mais à frente a questão do Triângulo da Violência, conceito cunhado por John Keane, representativo dos maiores perigos para a sobrevivência da Democracia Monitória. O Triângulo da Violência é composto por 1) Anarquia Nuclear, 2) Guerra Incivil e 3) Terrorismo Apocalíptico. A partir destes conceitos, obtivemos a inspiração para abordar um Triângulo da Violência Argumentativa, que por sua vez é composto por 1) Anarquia Argumentativa. 2) Disputa Incivil e 3) Argumento Ad terrorem. Cfr.: KEANE, John. The Triangle of Violence. New Statesman - May 23, 2002, Disponível em: <http://johnkeane.net/wp-content/uploads/2011/01/triangle_of_violence.pdf>, acesso em 08.07.2014; KEANE, John. Vida e Morte da Democracia, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p.704-712.

⁶ Em razão da abordagem escolhida, não são aqui objeto de análises as reflexões de Jürgen Habermas, que eventualmente poderiam - em outro momento - ser de alguma utilidade para uma discussão a partir do agir comunicativo, bem como não se analisa aqui o pensamento de Niklas Luhmann, exceto uma breve abordagem sobre um texto de sua autoria acerca da posição dos tribunais no sistema jurídico, de maneira lateral, quando da diferenciação entre Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais. Não serão também aqui debatidos os pensamentos de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Neil MacCormick, grandes expoentes da dimensão argumentativa do Direito, em razão da limitação da proposta e do caminho perfilhado, embora se reconheça desde já que no futuro podem colaborar em uma renovada e distinta abordagem. E isto porque citá-los apenas como adorno de autoridade, sem proposta específica e contornos adequados, seria a um só tempo desrespeitá-los enquanto teóricos do Direito, além de uma violência argumentativa, para os fins descritos no presente *paper*.

⁷ SARAMAGO, José. Democracia e Universidade. Lisboa/Pará: Fundação José Saramago/Ed. UFPA, 2013, p. 31.

⁸ Como se observará, não apenas da prática dos Tribunais, mas engloba a atividade de qualquer pessoa que decida, e argumente no âmbito do poder judiciário, incluídos Advogados Privados, Públicos, Membros do Ministério Público, Juízes, Desembargadores, Ministros e Partes.



momento de tensão entre a Democracia e o Estado de Direito, devem ser também fortemente monitoradas, controladas pela crítica de maneira extremada, para que sejam, se for o caso, elas mesmas constrangidas (e quem sabe, até tornadas insubsistentes)⁹.

Exige-se, então, o estabelecimento conceitual dos quadros dos perigos na era da “Democracia Monitória”, e dos mecanismos de identificação destes perigos enquanto habitantes da exteriorização das decisões dos Tribunais e Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais¹⁰. Se os perigos podem ser enquadrados a partir da visualização do “Triângulo da Violência”, conforme abordado e elaborado por John Keane quando menciona a categoria da “Democracia Monitória”, parece possível concretizar a idealização de um “Triângulo da Violência Argumentativa”, com algumas considerações sobre a prática decisória das Cortes em geral. Defende-se que desde o momento de escolha de membros para os Tribunais¹¹, até o momento de suas atuações isoladas e interações coletivas, é possível observar este quadro que se abordará, conforme mencionado, como “Triângulo da Violência Argumentativa”.

Para os fins deste artigo, argumento é “elemento linguístico” uma vez que se exterioriza por meio da linguagem, destinado à persuasão eficiente, em cuja eficiência se estabelece a necessidade de fazer com que o(s) destinatário(s) dos argumentos (quaisquer pessoas que os ouçam) criem nas premissas e nas conclusões do(s) retor(es), vale dizer, aquele(s) que argumenta(m)¹², e se entende por violência algo distinto do poder, da força ou do vigor, que precisa sempre de instrumentos, cuja substância reside no meio/objetivo que possui

⁹ Não se cuida aqui de adotar uma determinada classificação da teoria das nulidades, vinculadas a teoria geral do Direito, e nem este tema é parte central do artigo, sendo argumentação lateral e que eventualmente pode vir a ser robustecida em um amadurecimento futuro.

¹⁰ Aqui a referência a Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais, leva em consideração duas análises específicas, quais sejam, as considerações de Louis Favoreu sobre as características das Cortes Constitucionais e as considerações de Daniel Mitidiero sobre as Cortes Supremas e Superiores, especificamente as funções de recurso enquanto *jus constitutionis* (Cortes Supremas) e *jus litigatoris* (Cortes Superiores). Respectivamente em: FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004; MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013. As referências levam em conta indistintamente estes órgãos institucionais, sabendo de sua distinção funcional, considerando apenas a função de decisão colegiada, ou monocrática.

¹¹ As referências atêm-se ao recrutamento de membros de Tribunais que exigem discussão e debate público e político, não se referindo a certames públicos (de provas e de títulos), e sendo mais especificamente vinculado as indicações e sabatinas, e.g., de Ministros ou Justices na Suprema Corte Americana e/ou Brasileira.

¹² GABRIEL RODRÍGUEZ, Víctor. Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 23.



como mais importante característica, quando aplicada as atividades humanas, a de que os fins correm o perigo de serem dominados pelos meios, que justificam e que são necessários para alcançá-los, e abriga em seu seio um elemento adicional de arbitrariedade¹³.

Mas a junção do termo “violência argumentativa”, no que se chamará de “Triângulo da Violência Argumentativa”, desenvolverá 3 categorias distintas, eventualmente complementares e não excludentes, que poderão ser observadas pela prática impregnada de violência argumentativa por procuradores, partes e magistrados (Juízes, Desembargadores e Ministros) em processos judiciais, desenvolvidos também a partir das reflexões sobre as chamadas “*Rambo Tactics*”¹⁴ com influência das reflexões categóricas do Triângulo da Violência de John Keane.

Busca-se identificar os pontos que seriam problemáticos, em uma “Democracia Monitória”, visando aplicar os mecanismos conceituais desenvolvidos enquanto “Triângulo da Violência Argumentativa”, com vistas a explorar a ideia de que as decisões das Cortes e Tribunais Supremos e Constitucionais podem representar violência simbólica, com a emasculação do imaginário da Democracia em si mesma considerada.

Cuida-se de um convite ao diálogo, que acredita na existência do ponto cego, conforme recordado por Marcelo Neves em seu “Transconstitucionalismo”, uma vez que todo aquele que observa tem limitada sua observação no chamado “ponto cego” em razão de sua “perspectiva de observação”¹⁵, ônus que se torna dilargado porque toda interpretação é, em si mesma, uma

¹³ ARENDT, Hanna. Sobre a Violência. Trad. André Duarte. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 18.

¹⁴ KANNER, Gideon. Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts, *Loy. L. A. L. Rev.* 81 (1991); MATHESON, Wendy. Civility: Ten Litigators to watch out for. *The Advocates Society Journal*, Vol. 25, nº 1 (2005); REAVLEY, Thomas. Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics, 17 *Pepp. L. Rev.* 3 (1990); CARY, Jean. Rambo Depositions: Controlling Ethical Cancer in Civil Litigation, 25 *Hofstra L. Rev.* 561 (1996); TIMOTHY PERRIN, L. Lawyer as Peacemaker: A Christian Response to Rambo Litigation, 32 *Pepp. L. Rev.* 2, (2005); RIPPLE, Raymond M. Learning outside the Fire: The Need for Civility Instruction in Law School, 15 *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y* 359 (2001); ASPEN, Marvin E. The Search for Renewed Civility in Litigation, 28 *Val. U.L. Rev.* 513 (1994); FISCHER, Judith D. Incivility in Lawyers’ Writing: Judicial Handling of Rambo Run Amok, *Washburn Law Journal* Vol. 51, (2001);

¹⁵ NEVES, Marcelo Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 297-298.



forma de poder¹⁶, e ainda, conforme observa Rui Cunha Martins, “ponto cego é privilégio de quem vê”¹⁷, vale dizer, só quem observa pode ter limitada a sua perspectiva de observação.

Trata-se de um convite ao debate e ao diálogo, consciente de que um tal ponto cego representa também expressão de um excesso de confiança naquele mencionado privilégio e nas conjugadas capacidades dos sentidos e da razão em termos de “ver”, e de “decidir”, pois especialmente no caso do sistema jurídico, e mais especificamente naquele que navega pelas searas jurídicas e sociais, esse mencionado excesso de confiança pode se dar de duas maneiras.

1) “enquanto alucinação dos materiais”, vale dizer, pressão exacerbada sobre as propriedades e sobre as funções do próprio direito (dos quais são exemplos fenômenos como tolerância zero, redução de garantias, pressão punitiva, obsessão securitária, crispação probatória), e o critério estético deste excesso seria a “ostensão”;

2) “enquanto turbulência de escalas”, ou seja, deslocamento dito multidirecional dos sujeitos e dos referentes da ordem jurídica, e o seu excesso no critério estético seria a dispersão, e tanto num caso quanto no outro, “a intensificação do existente imprime um excesso de visibilidade, uma sobre-focagem num objeto considerado em fuga e que importa captar sob qualquer condição”, e neste sentido, um objeto que desaparecerá do horizonte da visão no exato momento em que parece iminente a sua captura, passando a se esconder, então, no ponto cego¹⁸.

¹⁶ TAVARES, Gonçalo M. Breves notas sobre o poder. In *Granta*, nº. 2, Poder. Lisboa: Tinta da China Edições, 2013, p. 291.

¹⁷ Observe-se a interessante argumentação do autor mencionado, no sentido de que várias áreas do saber (Medicina, História, Direito e Comunicação Social) seriam como “galáxias de percepção e da luz”, chamando atenção para o fato de não ser meramente circunstancial que todas elas cuidem, de uma forma ou de outra, do problema da prova, e que na medida que produzem diagnósticos, se interessariam pelas condições do que pode ter ou não ocorrido. Cfr.: CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁸ CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.



2. A Democracia Monitória

Conforme ressaltado por Lênio Streck em artigo publicado recentemente, no qual discute as premissas e as conclusões da pesquisa de Thamy Pogrebinski¹⁹, “não adianta discutirmos sobre as exigências da democracia” se tivermos em mente acepções diferentes desse conceito, pois se assim for, a discussão não seria propriamente sobre democracia, e sim sobre “o uso concreto da palavra democracia”²⁰.

Vale recordar que em obra considerada clássica, Giovanni Sartori inicia sua discussão com uma epígrafe de George Orwell, exatamente sobre a palavra democracia, afirmando que não existe nenhuma definição concorde, e paradoxalmente qualquer tentativa de definição encontraria uma oposição de todas as facções, eis que os defensores de qualquer regime se intitulariam democratas, muito embora possuam o temor de ter que deixar de usar a referida palavra (democracia) se ela vier a ser veiculada a um único significado, e a afirmação inicial de Sartori faz refletir por longo período: “Democracia, de modo paradoxal, pode ser definida como um termo empolado aplicado a alguma coisa inexistente”²¹.

Este o motivo pelo qual uma análise sobre a democracia, como a que é realizada por John Keane, é apropriada para uma abordagem sobre a tensão democrática em termos de racionalidade e adequação decisória da Suprema Corte. Valemo-nos aqui, primacialmente, da parte III da obra de John Keane, especialmente sobre a abordagem da “democracia monitoria” ou “monitorizada”.²²

¹⁹ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier/Konrad Adenauer/Campus, 2012.

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. O Ativismo e a Judicialização: De Como os Números Podem Velar o Fenômeno, in: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; et al. *Novo Constitucionalismo Latino-Americano, O Debate sobre novos sistemas de Justiça, Ativismo Judicial e Formação de Juízes*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 148.

²¹ SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*, Trad. Francisco Rocha Filho e Oswaldo Blois. São Paulo/Lisboa: Editora Fundo de Cultura, 1965, p. 17.

²² A segunda expressão (monitorizada) é utilizada na abertura do capítulo (p. 529), enquanto o adjetivo “monitorio” aparece referido mais à frente: “O adjetivo monitorio deriva da palavra medieval *monitoria* (de *monere*, alterar). Entrou no inglês na Idade Média na forma *monitorie* e daí passou devagar para a moderna linguagem inglesa, em meados do século 15, para se referir ao processo de dar ou transmitir um alerta sobre um perigo iminente ou uma admoestação para alguém se refrear de um processo específico de ação considerado ofensivo. Foi usado, pela primeira vez, na Igreja, para se referir a uma carta ou cartas (conhecidas como ‘monitorias’) enviadas por um bispo, um papa ou um tribunal eclesiástico que agiam na capacidade de um



Historicamente, termos e definições, *ex ante* e *a priori* de democracia, teriam perdido o seu significado, uma vez que ela, a democracia, tornou-se polivalente, sendo certo que as pessoas começaram a vê-la como um modo de reconhecer o poder de distintos e diferenciados ângulos. Alega-se que a metáfora da “terceira onda” (da democracia representativa, cunhada por Samuel Huntington²³) teria falhado na percepção de uma história de mudança na democracia, que teria começado na segunda metade do século XX, mas ainda estaria em andamento, ou seja, “o nascimento de um novo tipo de democracia”, do tipo “pós representativa”, distinta de democracias de assembleias e representativas de tempos passados²⁴.

O termo “democracia monitoria” seria então o mais adequado para descrever a grande transformação pela qual passam países tão distintos como Argentina, Estados Unidos, Índia e

‘monitor’. A família de palavras ‘monitor’, ‘monição’, e ‘monitório’ logo foi utilizada para fins seculares ou deste mundo. O monitor era aquele ou aquilo que admoesta outros sobre sua conduta. A palavra ‘monitor’ também era usada em escolas para se referir a um pupilo sênior que devia desempenhar deveres especiais, tais como manter a ordem, ou (se o pupilo fosse particularmente brilhante ou bem dotado) agir como professor numa classe júnior. Um monitor também passou a significar um método de advertência precoce; também disseram que ele era uma espécie de lagarto africano, australiano e da Nova Guiné amigável aos seres humanos, pois alertava sobre o paradeiro dos crocodilos. Mais tarde ainda, a palavra ‘monitor’ passou a ser associada a instrumentos de comunicação. Referia-se a um receptor, tal como um alto falante ou uma tela de televisão usada para checar a qualidade ou o conteúdo de uma transmissão eletrônica; e no mundo da computação e da informática um ‘monitor’ se refere seja a um dispositivo de vídeo ou a um programa que observa ou supervisiona ou controla as atividades de outros programas. Em anos mais recentes, não desconectados com a emergência da democracia monitoria, ‘monitorar’ tornou-se um verbo lugar-comum para descrever o processo de fiscalizar sistematicamente o conteúdo ou a qualidade de algo, como quando uma autoridade municipal monitora bebedouros locais para verificar se há impurezas ou um grupo de peritos científicos monitoram a população de uma espécie de perigo. Tais usos parecem ter inspirado a teoria da ‘democracia monitorial’ desenvolvida pelo estudioso norte-americano Michael Schudson”. Cfr.: KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 619.

²³ Escrevendo em 1991, Samuel Huntington mencionava que estaríamos então vivendo a 3ª onda de democratização na história do mundo moderno, a era das transições democráticas, enquanto menciona que a “primeira onda, longa” de democratização teria começado em 1820, com a expansão do sufrágio em largas proporções para a população masculina nos Estados Unidos, com duração de aproximadamente 1 século (até 1926), trazendo consigo o número de 29 democracias. Após a primeira onda, menciona-se a ocorrência da primeira “onda reversa” com a assunção do poder por Mussolini, na Itália em 1922, que até 1942 teria reduzido o número de democracias no mundo para 12. O triunfo dos aliados na II Guerra mundial iniciou, segundo alega, a segunda onda de democratização, aumentando-se para 36 o número de governos democráticos até 1962, apenas para ser seguido de uma “segunda onda reversa” que teria ocorrido entre 1960-1975, que teria reduzido o número de democracias para 30 governos democráticos. Cfr.: HUNTINGTON, Samuel P. *Democracy's Third Wave*, *Journal of Democracy* vol. 2, n. 2 (1991).

²⁴ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 618.



Nova Zelândia²⁵, e por que também não dizer o Brasil? Ressalte-se que a democracia monitória seria uma “nova forma histórica de democracia”, uma variação política do tipo “pós-parlamentar”, que pode ser definida pelo rápido crescimento de muitos e variados “mecanismos extraparlamentares de escrutínio de poder”, ou seja, dentro ou fora dos estados, “monitores independentes de poder” passam a ser tangíveis e perceptíveis, ao colocar partidos políticos e parlamentares eleitos em estado de alerta permanente, complicando suas vidas e questionando a sua autoridade, forçando-os a alterar a sua agenda e muitas vezes os levando “à desgraça”²⁶.

Em John Keane, a “democracia monitória” está especialmente atrelada a sociedade civil, aos chamados “monitores da sociedade civil”, motivo pelo qual parece equivocada a proposição de Marianna Montebello Willeman de que os Tribunais de Contas exerceriam àquele papel (de monitorar a democracia) em razão de realizarem “o escrutínio dos gastos públicos”, e ainda - conforme alega a autora – promover o aprimoramento da governança fiscal e o resguardo da probidade no setor público financeiro com a minimalização da corrupção²⁷.

E isto porque a democracia monitória é concebida como “a forma mais complexa de democracia até agora”, ou ainda, seria uma espécie de “*tertium quid*”, ou seja, uma sucessora “não inteiramente formada” dos dois anteriores experimentos históricos, “com formas de democracia por assembleia e por representação”. Localiza-se um marco temporal de nascimento: 1945, que trouxe consigo cerca de 100 novos tipos de “instituições escrutinadoras do poder” que eram, alega-se, desconhecidas dos democratas do passado que possuem como referência àquela data²⁸.

Estaríamos diante do rompimento do culto da regra da maioria, associado a democracia representativa, sendo a era da democracia monitória a era das pesquisas, grupos de foco, petições *on line*, tendendo a ampliar o direito de voto “a um número muito maior de vozes”,

²⁵ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 619.

²⁶ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 619-20.

²⁷ MONTEBELLO WILLEMANN, Marianna. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil, RDA - Revista de Direito Administrativo 209 (2013), p. 248.

²⁸ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 620.



ainda que para “representantes não eleitos”, mas neste último caso expressamente referindo-se a organizações de direitos humanos, com habilidade na defesa de “tópicos específicos”, e ainda, há a substituição da velha regra de ‘um homem, um voto, um representante’ por ‘uma pessoa, muitos interesses, muitas vozes, votos múltiplos, representantes múltiplos’ que é o “novo princípio da democracia monitoria”²⁹.

Assim, as Cortes de Contas e mesmo as Cortes Constitucionais não estariam caracterizadas dentro do conceito de “monitores da democracia”, seja pela utilização do critério da experiência, como faz Jorge Amaury Maia Nunes³⁰, seja porque não atenderiam ao critério cronológico³¹ de 1945, vale dizer, no Brasil o Tribunal de Contas é criação anterior à 1ª Constituição Republicana³², e o Controle de Constitucionalidade merece destaque em três marcos históricos distintos, 1803³³, 1907³⁴ e 1951³⁵, com uma história e contextos próprios e

²⁹ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 621.

³⁰ O autor menciona: “Não tenho mais idade para acreditar no mito do ditador bonzinho, nem creio que a sociedade brasileira, que ainda é jovem, mas não é burra, continue assistindo, num impávido estado de catatonismo, à importação de conceitos hauridos da Europa continental, certamente inaplicáveis ao Judiciário brasileiro (construído em outras bases) e que, se aplicados à nossa realidade, rompem perigosamente o delicado equilíbrio da separação de poderes”. Cfr.: MAIA NUNES, Jorge Amaury. 9 de dezembro de 2012, “Julgamento do STF e perda de mandato parlamentar,” Blog do Professor Amaury, disponível em: <<http://professoramaury.blogspot.com.br/2012/12/julgamento-do-stf-e-perda-de-mandato.html>>, acesso em 07.07.2014.

³¹ De fato, parece bastante complexo “cartesianar o tempo”, mas John Keane trata do tema sob o prisma histórico, o que merece ser refletido de maneira intensa em uma outra oportunidade.

³² A propósito, observe-se o vetusto Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, firmado por Ruy Barbosa e Deodoro da Fonseca, que “Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica” (linguagem arcaica, preservada do original).

³³ Para uma análise crítica do caso *Marbury v. Madison*, de 1803, o clássico artigo de William W. Van Alstyne, de 1969, que realiza um amplo levantamento contextual do caso, e até mesmo um cruzamento do significado da decisão com os “Federalists” e “Anti-Federalists” *papers*. Cfr.: VAN ALSTYNE, William W. *A Critical Guide to Marbury V. Madison*, 18 *Duke Law Journal* 1-47 (1969); Ainda, o sucinto, porém provocativo artigo de Winfield Rose que menciona que John Marshall mudou a história através de uma citação equivocada da Constituição. Cfr.: ROSE, Winfield H. “*Marbury v. Madison: How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution*”. *Political Science & Politics*, apr. (2003), p. 209-214.

³⁴ Mencione-se, a propósito, a excelente reconstrução do nascimento do Controle Concentrado de Constitucionalidade no continente Europeu, ocorrido em Portugal em 1907, na interessante pesquisa de António Araújo, então assessor no Tribunal Constitucional Português, alegando que havia um indisfarçável elemento de malícia política de estabilização e controle do poder pela Ditadura de Franco contra a desobediência de um Juiz de primeira instância: “Em 1907 introduziu-se um sistema sui generis de controlo concentrado da constitucionalidade através do decreto de 1 de julho de 1907: Por paradoxal que pareça, foi um diploma destinado a impedir a apreciação judicial das leis que, primeiramente, introduziu no direito português uma forma de concentração de competência atinente à inconstitucionalidade: foi o decreto de 1 de Julho de 1907 (Diário do Governo, nº 152, de 12 de Julho), editado por causa de um juiz de primeira instância se ter negado a reconhecer força obrigatória à



complexos, respectivamente no marco representativo do caso *Marbury v. Madison*, no nascimento do controle concentrado de constitucionalidade no continente Europeu (Portugal) e no nascimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Retira-se qualquer possibilidade de os Tribunais Superiores, de Contas, Supremos e Constitucionais postularem a atuação como “fiscais monitórios” da Democracia, por não contarem com as características essenciais inerentes a “democracia monitória”, pois não representam nem uma mistura e nem uma alteração combinatória dos dois modelos históricos anteriores (assembleia e representação) seja pelo modo de escolha de seus membros, e mesmo não encontrando guarida no que tange a expressão “representantes não eleitos”, da forma como articulada por Keane³⁶.

Aliás, mesmo por meio de um “olhar destreinado”, os “fiscais monitórios” são listados, e nesta lista não estão as Cortes de Contas e nem os Tribunais Superiores, Supremos ou Constitucionais. São eles: juris de cidadãos³⁷, assembleias biorregionais, orçamento participativo, grupos de foco, conselhos consultivos, comissões de peritos, conferências de consenso, reuniões de discussão de matérias de interesse público, memoriais públicos, casas

primeira medida da ditadura de João Franco. E a medida nele prevista consistiu em permitir a revisão pelo Supremo Tribunal de Justiça, reunido em tribunal pleno, por iniciativa obrigatória do Ministério Público e facultativa de qualquer das partes, das decisões que recusassem força legal aos decretos do poder executivo”. Cfr.: ARAÚJO, António. A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional. *Análise Social, Quarta Série*, Vol. 30, n. 134 (1995).

³⁵ Após os terrores do Nacional Socialismo Alemão, a criação do Tribunal Constitucional da Alemanha (Bundesverfassungsgericht, ou BVerfG), mas com uma ou duas terríveis máculas que não são recordadas pelos cultores das “virtudes” dos Tribunais Constitucionais; ressalta-se a presença entre seus primeiros Juizes, na primeira formação do Tribunal, do jurista Willi Geiger, um antigo colaborador do regime Nazista, sendo o Juiz que mais tempo permaneceu ativo no “*sacrossanto recinto de la nueva justicia constitucional*”, julgando por aproximadamente 26 anos graças a uma regra especial, então em vigor, para os juizes que procediam de órgãos judiciais, e logo após a primeira renovação dos membros do Tribunal, também se ressalta o nome do Juiz Gebhard Müller também de passado nazista. Cfr.: SOSA WAGNER, Francisco. *Juristas y enseñanzas alemanas I 1945-1975: com lecciones para la España actual*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 63-64.

³⁶ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 622.

³⁷ Um caso distinto e diferenciado, embora raro e na prática atual quase inexistente, merece ser citado, qual seja, a previsão de juris especiais na Suprema Corte Americana no exercício de sua jurisdição originária, pois a Sétima Emenda à Constituição dos Estados Unidos, proposta em 1789, admite: “*In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law*”. Conforme se observa, a Suprema Corte Americana julgou pelo menos 3 casos pelo modelo de júri em 1870, dos quais apenas 1 restou registrado, qual seja, o caso *Georgia v. Brailsford*, 3 U.S. (3 Dall.) 1 (1797). Cfr.: SHELFER, Lochlan F. *Special Juries in the Supreme Court*, *The Yale Law Journal* 123 (2013), 208.



abertas com serviços de aconselhamento e de advocacia, auditorias democráticas, conferências em que “as ideias correm soltas”, conselhos de conflitos de interesses, associações globais de parlamentares contra a corrupção, “safaris constitucionais” (exemplo da elaboração da Constituição da África do Sul, para exame da melhor prática em outros lugares), além de algumas invenções da democracia *bânia* da Índia – como os *lok adalats*, os tribunais ferroviários, litígios de interesse público e o método *satyagraha* de resistência civil³⁸.

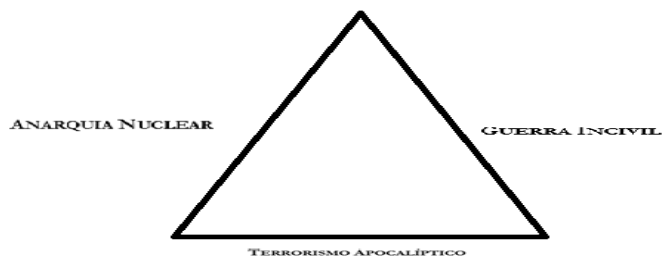
Em outras palavras, Democracia Monitória é manifestação de mecanismo de monitoramento da Democracia pelos cidadãos, e não uma fictícia delegação de fiscalização, esta já presente na delegação de poder aos parlamentares/representantes eleitos, e que representa uma das causas do desgaste da representação.

Existem alguns perigos que ameaçam esta fase democrática, dita democracia monitoria, e tais perigos são sintetizados com a criação do chamado “Triângulo da Violência”, abordado no próximo item, e partir do qual se passará a abordar a “Violência Argumentativa”.

3. Triângulo da Violência (Argumentativa).

Na obra “Vida e Morte da Democracia”, John Keane se vale da figura abaixo representada (o novo triângulo de violência), para analisar os perigos de uma era pós-guerra fria, na qual se situa a democracia monitoria.

Figura 1: Triângulo da Violência³⁹



³⁸ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 623.

³⁹ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 707.



Identificam-se no Triângulo da Violência três vértices, quais sejam, a) Anarquia Nuclear, b) Terrorismo Apocalíptico, e, c) Guerra Incivil, de que nos valemos como inspiração para referir sobre um “Triângulo da Violência Argumentativa” como o maior vilão na prática da atuação decisória das Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais, para mencionar que se compõe de: a) Anarquia Argumentativa, b) Argumento *Ad Terrorem*, e, c) Disputa Incivil, tema que será desenvolvido logo adiante.

Figura 2: Triângulo da Violência Argumentativa⁴⁰



Em John Keane, o Triângulo da Violência (*The Triangle of Violence*) nasceu da publicação de um artigo no “The New Statesman”⁴¹, em 23 de maio de 2002, posteriormente inserido em seu livro “*The Life and Death of Democracy*”, originalmente publicado em 2008. Keane recordava que pouco depois do bombardeio atômico a Hiroshima e a Nagasaki, o escritor George Orwell⁴² teria escrito que a grande era da democracia e da autodeterminação nacional teria sido a era do mosquete e do rifle, mas que a então presente era nuclear representava uma ordem diferente, mais depressiva, divagando sobre um fato curioso: se a bomba atômica

⁴⁰ A expressão, e a figura n. 2 “Triângulo da Violência Argumentativa” foram inspirados na referência contida na nota n. 39, supra.

⁴¹ KEANE, John. *The Triangle of Violence*, New Statesman, 23 de maio de 2002, disponível em: <http://johnkeane.net/wp-content/uploads/2011/01/triangle_of_violence.pdf>, acesso em 06.07.2014.

⁴² ORWELL, George. *You and the Atom bomb*, Tribune, 19 de outubro de 1945, disponível em: <http://orwell.ru/library/articles/ABomb/english/e_abomb>, acesso em 02.07.2014.



houvesse se transformado em algo barato e facilmente manufaturado, como um relógio despertador ou uma bicicleta, poderia ter nos conduzido à barbárie, mas também representaria, por outro lado, o fim da soberania nacional e o fim de um estado policial altamente centralizado, e que olhando o mundo como um todo, o caminho por muitas décadas não tem sido em direção a anarquia, mas em direção a uma outra imposição da escravatura.

Orwell refletiu sobre isso antes do nascimento da “democracia monitória”, mas sua antevisão de que a violência representava possivelmente a maior ameaça ao espírito e as instituições inerentes a democracia, remete ainda a uma outra lembrança obrigatória, o fato de que mesmo a democracia monitória teria produzido uma perturbadora quantidade de violência nos países, apesar do aparente fim da guerra fria, essas democracias começaram a ser cobertas pela sombra do “novo triângulo da violência”. Um dos lados deste triângulo representa a instabilidade causada por estados que dispunham de tecnologia armamentista nuclear no sistema político de um mundo pós-guerra fria, cujo exemplo mais notório foi o dos Estados Unidos, que agiam como poder vigilante respaldado pela ameaça de ataques atômicos, e que passaram a ser “forçados à coexistência”, durante a democracia monitória, com ao menos 4 blocos de poder, evidentemente todos eles nucleares: Europa, Índia, China e Rússia. O redesenho alterou uma cena, na qual antes havia uma regra pintada de que a paz entre Estados Unidos e União Soviética era impossível, mas embora a guerra nuclear entre eles não fosse impossível, ela era “improvável”. Com a mudança, a paz se tornou possível, e paradoxalmente, a guerra muito mais provável, devido a uma “abominável” anarquia nuclear⁴³.

Alega-se que em um contexto de uma era pós-guerra fria haveria o desenvolvimento de uma nova Lei de Gresham, na qual armas nucleares gerariam mais armas nucleares, e todas as democracias monitórias correriam perigo, uma vez que se observaria a presença de um sistema político mundial produtor de agrupamentos de potências nucleares tidas por “egocêntricas”, e que não teriam a mínima pretensão de se livrarem de suas armas perigosas⁴⁴. Este o primeiro dos vértices, a chamada anarquia nuclear.

⁴³ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 706.

⁴⁴ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 709.



O segundo dos vértices do triângulo da violência, estaria representado pela menção de que haveria uma outra ameaça à democracia, pelo desencadeamento de “guerras incivis” por intermédio de conflitos armados com potencialidade de esfaquear as instituições políticas e de envenenamento das instituições da sociedade civil, e não raras vezes as guerras incivis ostentariam um lado “pseudo-democrático”, citando-se os exemplos dramáticos do Sudão, Ruanda, Serra Leoa, Cachemira e da República Democrática do Congo, em que “a violência não era mais um meio para um fim, mas um horrível fim e si próprio”⁴⁵.

Vale recordar que Keane menciona que os protagonistas das “guerras incivis” vivem segundo regramentos próprios e elementares de condutas, praticando assassinatos contra civis inocentes, eles amputam as mãos e as genitais do “inimigo”, cortam suas línguas, e até enchem suas bocas com pedras, forçando as vítimas a engoli-las, destruindo cemitérios, executando estupro contra mulheres, praticando o envenenamento ou a queimada de alimentos e da terra, derramando no solo o sangue das vítimas, garantindo que não houvessem espectadores inocentes, tratando cruelmente aqueles que viessem a pedir calma, garantindo que os violados e os violentos fossem profanados, com batismos de sangue, “tornados cúmplices de crimes malignos”⁴⁶.

O exemplo terrível de quem procura fazer os democratas se perguntarem acerca de qual motivo na terra faria um sacerdote em Ruanda incendiar a própria igreja na qual cidadãos aterrorizados procuravam abrigo no santuário divino?⁴⁷

Por fim, o terceiro vértice do triângulo da violência consiste na menção a um terrorismo apocalíptico, um “novo tipo de terrorismo apocalíptico que operou em escala global”. Embora o fenômeno repulsivo do terrorismo seja muito mais antigo, em que se pode lembrar o termo francês “*terrorisme*”, no período revolucionário que durou entre março de 1793 a julho de

⁴⁵ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 709-710.

⁴⁶ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 710.

⁴⁷ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 711.



1794. A forma clássica de terrorismo envolvia o uso da violência para propagar o medo nos outros com vistas a alcançar determinados objetivos políticos⁴⁸.

Ou seja, nossa utilização parte da inspiração imagética de que o “Triângulo da Violência” (1) Anarquia Nuclear, (2) Guerra Incivil e (3) Terrorismo Apocalíptico, enquanto ameaças à “Democracia Monitória” referida por Keane serve de referência para a construção das bases de um “Triângulo da Violência Argumentativa” eventualmente praticado por Tribunais Supremos, Superiores ou Constitucionais, e que ameaçam também a existência da “Democracia Monitória”, em graus, sedes e escalas diferentes.

Vale dizer, nosso “Triângulo da Violência Argumentativa” forma-se por (1) Anarquia Argumentativa, (2) Disputa Incivil e (3) Argumento *ad Terrorem*, e em sua engenharia inicial, que como figura de linguagem, significa uma decisão judicial proferida por um Tribunal Superior, Supremo ou Constitucional em que a confusão dos argumentos decorre da soma de três elementos: a) modelo deliberativo de tomada de decisão (*decision-making*), b) os próprios argumentos utilizados, c) bem como sobre a maneira como eles são utilizados.

Sempre haverá, em alguma medida, a presença dos elementos constituintes do triângulo da violência argumentativa, e propomos como meta a redução ao máximo possível da incidência de cada um dos elementos, tornando a decisão e a disputa argumentativa menos anárquica, que as disputas entre os prolores da decisão e dos procuradores e partes não sejam “incivis” e que o terrorismo argumentativo seja praticamente anulado. Ao menos é uma reflexão necessária.

Toma-se preponderantemente, mas não exclusivamente, por (1) Anarquia Argumentativa uma determinada decisão colegiada de uma Corte Superior, Suprema ou Constitucional, que torne insubsistente um ato normativo emanado de um representante

⁴⁸ KEANE, John. Vida e Morte da Democracia. trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 711-712.



eleito, e que esta decisão seja ela mesma a mais confusa possível, não sendo possível identificar com segurança qual teria sido ou representado a efetiva “opinião da Corte”⁴⁹.

Outrossim, observa-se como (2) Disputa Incivil a utilização de mecanismos de disputa argumentativa conhecidas e debatidas nos Estados Unidos desde a década de 1990 como “*Rambo Tactics*”, em que a disputa argumentativa pretenda se dar pela força da violência, intimidação e expressionismo, pela força daquele que bate na mesa com ares de dureza como expressão máxima da força de sua argumentação, pois como na antiga observação, quem possui os fatos ao seu lado, argui os fatos, e aqueles que possuem o Direito ao seu lado, arguem o Direito, a aqueles que não possuem nem uma coisa nem outra, batem na mesa com força e gritam alto⁵⁰.

Observa-se como (3) Argumento *Ad Terrorem* as alegações que estejam presas a um quadro de argumentação não faticamente empírico, buscando projetar as sombras do medo nas paredes da argumentação.

Muitas vezes as argumentações podem estar aliadas num tenebroso caso em que haverá dispersão anárquica de argumentos (1), violência intimidativa de quem bate na mesa como expressão máxima da racionalidade de sua argumentação (2) com sussurros de que se determinado ponto de vista não for acolhido será o fim do mundo, ainda que não se mencione a frase da canção “*its the end of the world (as we know it)*” (3)⁵¹.

Neste sentido, importante abordar inicialmente modelos deliberatórios, em busca da pergunta ou de adensamento da seguinte indagação reflexiva: existiria um modelo deliberativo

⁴⁹ Veja-se a densa abordagem de José Rodrigo Rodriguez na alegação de que em nossos tribunais, predominam opiniões pessoais e a confusão e dificuldade de compressão das decisões. Cfr.: RODRIGO RODRIGUEZ, José. Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013, p. 81.

⁵⁰ KANNER, Gideon. Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts, Loy. L. A. L. Rev. 81 (1991), p. 88-89.

⁵¹ Obviamente a referência é sobre famosa canção do grupo R.E.M, “It’s the end of the world”, que percorre a prosa sobre o fim do mundo, mas o fim do mundo como nós o conhecemos. A ironia e o sarcasmo presentes na letra servem para os pregadores do apocalipse constitucional, que deveriam estar pregando em igrejas, templos, ruas e bares, e não em Cortes Supremas, Superiores e Constitucionais. Diz-se: “*A tournament, a tournament, a tournament of lies! / Offer me solutions, and offer me alternatives / and I decline!*”. Em tradução livre: “Um torneio, um torneio, um torneio de mentiras! / Oferecem-se soluções e alternativas / e eu declino”. A escatologia constitucional só se realizará, plenamente, pela prática da violência argumentativa, que erode o Estado Democrático de Direito, esta a ironia da questão!



mais adequado que outro, quando falamos em opiniões dispersivas e opinião da corte, em que poderíamos tomar por exemplo, respectivamente, a Suprema Corte Americana e o Supremo Tribunal Federal na disputa entre *Seriatim* e *Per Curiam*?

Modelos de Deliberação: *Per Curiam* vs. *Seriatim*

Um importante estudo crítico sobre o modelo deliberatório das Cortes pode ser visto no recente livro de José Rodrigo Rodriguez (Como decidem as Cortes⁵²), que como estudo sério que é, a maior expressão de respeito é a constatação de que merece ser lido de maneira crítica, e suas constatações devem ser levadas a sério, embora sua manifestação no capítulo 2 mereça uma crítica aqui, embora mais sucinta do que seria necessário em razão da profundidade e seriedade da pesquisa⁵³.

O referido autor alega, com razão, a grande complexidade para a compreensão das decisões do Supremo Tribunal Federal em face de não existir uma efetiva “decisão da Corte”, sugerindo a adoção de um tal modelo, embora sem mencionar o caso dos Estados Unidos, e sem fazer um aprofundamento da questão sobre as decisões com uma “opinião da corte”. Mais do que um diagnóstico, que pretendia ser feito pelo autor, houve efetiva tomada de posição, mas perdeu uma boa oportunidade de adensar a discussão sobre as vantagens e desvantagens sobre uma “opinião da Corte”, exatamente o ponto que discutia.

A alegação de José Rodrigo Rodriguez, de fato, tem uma ressonância mais que retórica, tisonando questões metodológicas constitucionais importantes, que afetam também partes sensíveis: “mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11

⁵² Destaco a importância, para este *paper*, do SJA – Seminário Jurídico Avançado, ministrado no UniCEUB entre 28 e 31 de julho de 2014 pelo professor Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota, cujo tema foi “Um país sem jurisprudência: Como decidem os Tribunais no Brasil?”, cujos textos centrais para o debate foram o livro do prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez (Como decidem as Cortes?), bem como um texto crítico do prof. Dr. Luiz Edson Fachin sobre a ausência de jurisprudência no Brasil e um outro texto crítico do Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon (Quadro mental Paranoico não pode imperar na solução de casos jurídicos). Importante ainda a disciplina “O Precedente e o Direito Jurisprudencial”, ministrada pelo Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes no 1º semestre de 2014, tendo como Pesquisador Associado o Prof. Msc. Rodrigo Martins Ribeiro, no âmbito do PPG em Direito do UniCEUB. A todos os colegas e ao professor, muito obrigado pela reflexão e pela troca de ideias.

⁵³ RODRIGO RODRIGUEZ, José. Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013, p. 59-112.



juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião”⁵⁴.

Entretanto, duas questões parecem ter escapado à análise empreendida, a primeira, referente a já mencionada necessidade de incursão sobre a dualidade *seriatim* (opiniões separadas) e *per curiam* (opiniões da corte), e a segunda, a necessidade de abordagem filosófica da *ratio decidendi*, e uma grande reflexão teria estágio necessário em Pierluigi Chiassoni, que observa não menos do que 11 tipos diferentes de *ratio decidendi*, em sua abordagem sobre a filosofia do precedente⁵⁵.

A questão da racionalidade do julgamento, da *ratio decidendi*, é incontornável. Parece adequado expressar que não é suficiente afirmar que “*ratio decidendi*” são as razões de decidir, e que “*obiter dictum*” são afirmações laterais desimportantes para o efetivo regramento da solução final da causa. E isto porque muitas vezes, principalmente em um Colegiado, podem haver multiplicidade de razões de decidir, tornando importante adotar a melhor técnica de estipulação da *ratio*. Existem três técnicas bastante conhecidas para localização metodológica da “*ratio decidendi*”: a teoria de Wambaugh, a teoria de Olimphant e a teoria de Goodart⁵⁶.

O primeiro teórico (Wambaugh) menciona que a determinação da “*ratio decidendi*” ocorre pela inversão do sentido da proposição constante do respectivo julgado, vale dizer, se esta inversão implicar modificação do resultado da decisão, ela pode ser considerada efetivamente como razão de decidir, e em caso contrário, *obiter dictum*⁵⁷.

Por sua vez, a teoria de Oliphant expressa a ideia de que a decisão de um caso seria o resultado de um determinado estímulo advindo dos fatos que desaguaram em um Tribunal,

⁵⁴ RODRIGO RODRIGUEZ, José. Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013, p. 82.

⁵⁵ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁵⁶ ROCHA LIMA, Thiago Asfor. Precedentes Judiciais Civis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178.

⁵⁷ ROCHA LIMA, Thiago Asfor. Precedentes Judiciais Civis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178



afastando a ideia de que o precedente judicial poderia ser considerado uma norma de tipo geral e abstrato⁵⁸.

De resto, a teoria de Goodhart propõe que a “*ratio decidendi*” seja extraída dos fatos ditos fundamentais (*material facts*) considerados pelo Juiz ou Tribunal e da conclusão daí advinda quando da análise dos fatos, com a premissa principal de que casos iguais devem ser tratados de forma igualitária (*principle that like cases be treated alike*)⁵⁹.

No entanto, aparentemente estamos diante de uma triste verdade, qual seja, a de que após séculos de investigações os juristas e os teóricos do direito ainda parecem estar à procura da maneira mais adequada de conceituar a “*ratio decidendi*”, e poderíamos mesmo referir que ela tem sido caracterizada de 11 maneiras distintas⁶⁰:

(RD1) o elemento na opinião que representa a premissa necessária, ou o passo lógico necessário, para a decisão de um caso;⁶¹

(RD2) o princípio jurídico que, na decisão judicial, é suficiente para decidir o caso sob análise;⁶²

(RD3) a argumentação necessária ou suficiente para decidir um caso sob análise;⁶³

⁵⁸ ROCHA LIMA, Thiago Asfor. Precedentes Judiciais Civis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179

⁵⁹ ROCHA LIMA, Thiago Asfor. Precedentes Judiciais Civis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179

⁶⁰ Pierluigi Chiassoni, “The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction”. Editado por Thomas Bustamante e Carlos Bernal Pulido. “On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy”, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido, (Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012).

⁶¹ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶² CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶³ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.



(RD4) a norma (regra, princípio) que representa, alternativamente: (a) a condição necessária e suficiente, (b) a condição suficiente, mas não necessária, ou mesmo, (c) qualquer condição necessária, mas não suficiente, da decisão do caso sob análise;⁶⁴

(RD5) a norma para os fatos da causa que, como análise textual do precedente-judicial, o juiz que decidiu o caso efetivamente estabeleceu e/ou seguiu, atrás do que ela deve ter decidido ou deveria ter decidido;⁶⁵

(RD6) a norma para os fatos do caso que o juiz que os pronunciou expressamente declarou estabelecer ou seguir, ou tacitamente acreditou ter estabelecido ou seguido;⁶⁶

(RD7) a norma para os fatos de um caso que o juiz expressamente ou tacitamente tratou como necessários para decidir um caso;⁶⁷

(RD8) a norma dos fatos relevantes de um caso que - de acordo com o direito existente, fatos e precedentes - o juiz que decidiu o caso deveria ter estabelecido e/ou seguido, em ordem a decidir apropriadamente o caso;⁶⁸

(RD9) a norma para os fatos relevantes de um caso que, de acordo com o juiz subsequente (JS), o juiz prévio (JP), que decidiu o caso, acreditou ter estabelecido ou seguido;⁶⁹

⁶⁴ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶⁵ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶⁶ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶⁷ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁶⁸ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.



(RD10) a norma para os fatos relevantes de um caso que, de acordo com o juiz subsequente (JS), o juiz prévio (JP), que decidiu a causa, efetivamente estabeleceu e/ou seguiu, não importando o que ela tenha pretendido significar;⁷⁰

(RD11) a norma para os fatos relevantes de um caso que os juízes subsequentes (JSs) deveriam ter considerado como tendo sido estabelecidas e/ou seguidas pelo juiz prévio (JP) no precedente relevante de julgamento;⁷¹

Por um lado, as razões de decidir são caracterizadas algumas vezes como “razões, premissas, passos logicamente necessários, argumentações suficientes ou necessárias de um precedente (como nos casos RD1 e RD3)”, que são a “concepção argumentativa da *ratio decidendi*” (*argumentative conception of the ratio decidendi*).⁷²

De outro, as razões de decidir também podem ser caracterizadas como “normas, regras, princípios e regramentos (caso RD2, RD4, etc). “Esta é a concepção normativa da razão de decidir (*normative conception of the ratio decidendi*)”.⁷³

Algumas vezes, a noção de “razões de decidir” é definida de uma maneira que leva em conta a “presunção” da intenção do juiz que pronunciou o precedente (casos RD6, RD7 e RD9), que pode ser chamada de “intencionalista ou subjetiva”, na qual a “*ratio*” é a razão

⁶⁹ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁷⁰ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁷¹ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁷² CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁷³ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.



intencionada. Outras vezes, a noção de razões de decidir é definida de tal maneira a incluir a referência a sua posição sistêmica (casos RD8 e RD11)⁷⁴.

Decidir efetivamente o que deve ser considerado como “*ratio decidendi*” parece ser um dos problemas centrais desta reflexão, ao lado da abordagem necessária sobre o modelo adequado de “*decision-making*”, ou seja, se melhor seria adotar o modelo “*seriatin*” em que cada Julgador emite uma “opinião” ou se melhor seria adotar o modelo de decisões “*per curiam*” que apresentem uma efetiva e única “opinião da corte”.

Ao fim e ao cabo de nossa realidade brasileira, não podemos falar que existe jurisprudência no Brasil, na esteira do entendimento de Luiz Edson Fachin, pois segundo este pensador, não existe efetivamente jurisprudência no Brasil, pois jurisprudência é método, e deve ser correspondente a um resultado de compreensão dos sentidos acerca de determinado campo jurídico, propostos pela doutrina, bem como explicitados em julgamentos por meio de entendimentos consolidados que se projetam na cultura jurídica do país a partir de sua expressão pelos tribunais. No caso brasileiro, percebe-se uma dupla falta, vale dizer, uma falta de solidez hermenêutica que não traz previsibilidade e nem estabilidade em termos de precedentes, que “são próprias do verdadeiro sentido da jurisprudência”, e falta ainda uma profunda e sistemática ação doutrinária de comentários críticos e efetivos sobre as decisões judiciais⁷⁵.

Podemos ter aqui, conforme expresso por Marco Aurélio Marraffon, em verdade, a esparsa expansão de um quadro mental paranoico que vem imperando na solução de casos jurídicos, numa situação na qual há um forte “apego à primeira impressão e na construção, a partir dela, de premissas fundantes que condicionam toda a cadeia de produção de sentido no desenvolvimento do processo”, com a efetiva valorização apenas daquilo que confirma a

⁷⁴ CHIASSONI, Pierluigi .The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: BUSTAMANTE, Thomas; Bernal Pulido, Carlos. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. Entrevista. Texto temático sobre “Um País sem jurisprudência”, enviado por Luiz Edson Fachin para o Prof. Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota, para o SJA – Seminário Jurídico Avançado “Um País sem jurisprudência: Como decidem os Tribunais no Brasil?”, ocorrido no âmbito do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, em Brasília, ocorrido de 28 à 31 de julho de 2014.



primeira hipótese inicial, com o encobrimento da realidade e com o enérgico desprezo do conjunto probatório que se produz nos autos⁷⁶, a partir do qual o julgador irá “dar um jeito” para inserir sua impressão inicial em uma decisão.

Isso poderia explicar a enorme quantidade de distintos elencos de “*rationis decidendis*”, ao menos 11 como sistematizado por Pierluigi Chiassoni, acima referenciado, ou ainda, naquilo que foi denominado por Jefferson Carús Guedes como “precedentes nativos”, uma vez que os diversos modelos nativos de aproveitamento dos “precedentes”, criam uma espécie de mosaico heterogêneo de decisões cuja observância parece difícil, e este tal desenho multifacetado amplia a tensão processual, judicial e social em razão da insegurança que “produz e transmite na aplicação do direito”⁷⁷.

Outro aspecto da discussão de José Rodrigo Rodriguez é que ele não discute a questão referente a uma potencial possibilidade das limitações da racionalidade, a título de exemplo, conforme trabalhado por Jon Elster⁷⁸, além de ficar bastante patente a notória influência do autor pelas ideias de Franz Neumann, mais especificamente sobre a abordagem que faz em sua tese de doutoramento sobre Neumann em 2006, na parte sobre o “projeto de juridificação”⁷⁹, que tem a mente e os olhos em Weimar, e transporta de maneira naturalizada tais questões para o debate sobre as discussões acerca do formalismo e da “mitificação” da separação dos poderes contemporâneos, que no contexto proposto pelo autor não prescindiria diálogo com as reflexões sobre a “Supremocracia” (ou o STF como novo Poder Moderador) empreendidas por Oscar Vilhena Vieira⁸⁰, sobre “juristocracia” levado a efeito por Ran Hirschl⁸¹, sobre a

⁷⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. Constituição e Poder: Quadro Mental Paranóico não pode imperar na solução de casos jurídicos. Conjur de 14 de julho de 2014.

⁷⁷ CARÚS GUEDES, Jefferson. Igualdade e Desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: RT, 2014, p. 163.

⁷⁸ ELSTER, Jon. Juicios Salomónicos: Las Limitaciones de racionalidade como principio de decisión, Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Gedisa, 1999.

⁷⁹ RODRIGO RODRIGUEZ, José. O Direito Liberal para além de si mesmo: Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. Dissertação de Doutorado, Departamento de Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, 2006, p. 123-156.

⁸⁰ VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador, in: GUILHERME MOTA, Carlos; SALINAS, Natasha S. C. Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010; VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremocracia. Revista Direito GV, n. 8, (2008).



reflexão empreendida por Cezar Saldanha Souza Júnior⁸² acerca de uma nova “teoria da divisão dos poderes”, sobre a “Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional”, de José Adércio Leite Sampaio⁸³, e sobre a crítica da “instrumentalidade” empreendida por Calmon de Passos⁸⁴.

Em Calmon de Passos, colhemos a reflexão de que para os fins propostos pelo autor, e impreterivelmente no caso de pensar criticamente o papel da jurisdição constitucional, a “teoria da cela” guarda incontornável importância: “A ineliminável imbricação entre economia, direito, política e ideologia nos leva a concluir: se a economia é inviável sem a política e se ambas são ineficazes sem o direito e sem a ideologia, aqui estão as quatro paredes de nossa cela, um misto de espaço para monges ou para delinquentes”⁸⁵.

Que saibamos, ainda não se perguntou sobre a existência de monges e/ou delinquentes no (e a partir do) Supremo Tribunal Federal no caso da produção e contenção da normatividade, e o “processo de produção do direito”, deve observar a necessidade de disciplina em todos os seus aspectos, agentes, organização e procedimentos “sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores”, uma vez que “antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto”⁸⁶.

Não parece tão nítido um quadro de abordagem da separação dos poderes que a observe como mitificada⁸⁷, antes, parece estar correto o pensamento que enxerga importação sem maiores análises e critérios de institutos do Tribunal Constitucional Alemão, causando uma

⁸¹ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 11: Iss. 1, (2004).

⁸² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional Como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

⁸³ LEITE SAMPAIO, José Adércio. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁸⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. in; CALMON DE PASSOS, J. J. *Ensaios e Artigos, V. I*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 33; CALMON DE PASSOS, J. J. *Revista de Processo*, nº 102, São Paulo: RT, 2011.

⁸⁵ CALMON DE PASSOS, J. J. Revisitando o Direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 44.

⁸⁶ CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal, in; CALMON DE PASSOS, J. J. *Ensaios e Artigos, V. I*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 33.

⁸⁷ RODRIGO RODRIGUEZ, José. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*, (Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013), p. 135.



confusão generalizada, com a armação de um “palco para uso ideológico dos instrumentos jurídicos” em prejuízo da legalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica⁸⁸, embora esta alegação não leve em conta o fato de que a razoabilidade, assim como a “dignidade humana” ou a proporcionalidade, podem se tornar uma “gazia apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional”⁸⁹, sendo critério utilizado para afastar justamente a legalidade.

Podemos então observar que “se pode soar exagero na afirmação de que o juiz constitucional reinventou a Constituição, ninguém ousará discordar que ele tem sido o co-autor constituinte”⁹⁰, num quadro ainda mais complexo quando observarmos que o Supremo Tribunal Federal pode ter se tornado, de fato, um novo Poder Moderador⁹¹, tornando redivivo um quadro que remontaria a uma espécie de “Supremo Tribunal Imperial Federal (STIF)” em pleno ano de 2014, sem deixar de notar que esta construção pode ser mais do que uma metáfora⁹², e mais do que uma construção jurídica, tornando-se antes, uma realidade.

Feitas estas considerações, parece importante uma análise que observe de maneira mais densa os dois modelos deliberatórios mencionados no início do item, quais sejam, o de uma opinião da corte, e de uma opinião dividida, considerado o objeto deste artigo que busca

⁸⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional Como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 140.

⁸⁹ A frase é do Ministro Eros Grau, que não representa uma opinião da Corte, expressa no âmbito dos autos de HC 95.009, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 06.11.2008.

⁹⁰ LEITE SAMPAIO, José Adércio. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 887.

⁹¹ VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador, in: GUILHERME MOTA, Carlos; SALINAS, Natasha S. C. Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010; VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremocracia. Revista Direito GV, n. 8, (2008).

⁹² Na reflexão de que “Se o professor de Direito é ativo e ambicioso, ele tenderá a construir uma historicidade monumental; se ele procurar preservar e reverenciar, ele tenderá a construir uma historicidade antiquada; se ele sofrer e procurar liberação, ele tenderá a construir uma historicidade crítica. Uma hermenêutica crítica da metáfora examina a história da doutrina jurídica, sem instrumentalizá-la para servir ao debate contemporâneo, e não as venera para um futuro glorioso”. Tradução livre do original: “If the legal scholar is active and ambitious, he will tend to construct a monumental historicity; if he seeks to preserve and revere, he will tend to construct an antiquated historicity; if he suffers and seeks liberation, he will tend to construct a critical historicity. A critical hermeneutic of metaphor examines the historicity of legal doctrines, without instrumentalizing them to serve a contemporary debate or venerating them for a glorious future.”. Cfr.: VESPAZIANI, Alberto. Towards a Hermeneutical Approach to Legal Metaphor, in: BUSTAMANTE, Thomas; ONAZI, Oche. Human Rights, Language and Law. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy”, Beijing, 2009, vol. II, Edited by Thomas Bustamante and Oche Onazi, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012, p. 92.



abordar a violência argumentativa, de maneira geral, e aqui neste ponto em particular, a questão da “anarquia argumentativa”, tendo sempre em vista a força e o protagonismo que um Tribunal pode exercer em uma democracia (monitória).

É papel dos tribunais, verdadeiro dever, interpretar, construir e ainda que seja o caso, realizar a distinção de casos, num determinado contexto em que a atividade dos tribunais pode ser compreendida como “o paradoxo da transformação da coerção em liberdade”, vale dizer “quem se vê coagido à decisão, e adicionalmente à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito”⁹³.

Falamos principalmente, mas não exclusivamente, de Cortes Constitucionais, da maneira como Louis Favoreu refere no seu famoso “retrato-modelo da Corte Constitucional” com características predominantes do sistema Europeu (contexto institucional e jurídico particular, existência de um ordenamento constitucional, monopólio do contencioso constitucional, indicação de juízes não magistrados pelas autoridades políticas, afirmação do direito com autoridade de coisa julgada extensível erga omnes e ser uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional)⁹⁴ e de Tribunais Superiores e Supremos da maneira como abordado por Daniel Mitidiero, respectivamente, no primeiro caso, aquele que exerce o controle da legalidade dos casos a ele submetidos, sendo um modelo de corte de vértice inserida na organização judiciária, pressupondo “a identificação entre texto, norma e regra jurídica, a adoção da teoria cognitivista da interpretação judicial e a assunção da declaração da norma jurídica pré-existente que rege o caso concreto”, exercendo função nomofilática, consistente na defesa da legislação diante das decisões judiciais (Corte Superior)⁹⁵, e no segundo caso, em essência, embora possa eventualmente se aproximar de Corte Constitucional, temos que “a Corte Suprema é uma Corte de interpretação do Direito, e não uma corte de controle das

⁹³ LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Revista da AJURIS nº 49, jul./1990, p. 164.

⁹⁴ FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 27-33.

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013, p. 33-52.



decisões judiciais”, cuja característica recursal preponderante seria o “*jus constitutionis*”, para a preservação da unidade do Direito (Corte Suprema)⁹⁶.

É dentro deste contexto que são adotadas decisões judiciais, cujo modelo deliberatório de “*decision-making*” é muito necessário abordar, e em cujas razões de decidir levam a construção de argumentos que podem causar dificuldade de compreensão: Anarquia Argumentativa.

Tome-se como exemplo a distinção existente entre modelos deliberativos “*per curiam*” no qual há a estruturação que prevê uma opinião da Corte, e é adotado desde 1801 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América por influência de John Marshall, e o modelo “*seriatim*”, que é o modelo adotado atualmente pelo Supremo Tribunal Federal em que cada Julgador emite uma opinião, e que até 1801 era utilizado pela Suprema Corte Americana.

Menciona-se que durante os anos iniciais de seu nascimento, mais precisamente durante os 11 primeiros anos de sua existência, de 1789-1800, a Suprema Corte Americana teria sido uma Corte inefetiva e desajeitada, mas que sua história mudou radicalmente quando John Marshall se tornou o *Chief Justice* em 1801⁹⁷.

Ao assumir a presidência da Corte, Marshall estava preocupado com o valor ambíguo de precedente das decisões seriadas (*seriatim decisions*), e então estabeleceu a prática de o *Chief Justice* anunciar uma única opinião que representaria a “a opinião não dividida da Corte”, baseando esta medida política em ideologia e eficiência⁹⁸.

Em certame promovido no ano de 1952 pela American Bar Association, no concurso de ensaio anual “Ross Prize”, colocou-se como tema “As funções das Opiniões Concorrentes e de Dissenso na Corte da Última Palavra”, e o ensaio vencedor foi a profunda pesquisa de Dean

⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013, p. 53-78.

⁹⁷ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000).

⁹⁸ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective”, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000), p. 267-268.



Moorhead, na qual afirma-se que Marshall acreditava que uma voz unificada aumentaria o poder e a dignidade da Suprema Corte⁹⁹.

Marshall pretendia estimular a confiança pública sobre as decisões da Suprema Corte, para que o Tribunal pudesse aplicar postulados federalistas e nacionalistas, buscando eliminar o medo de advogados e tribunais inferiores de que a Corte Suprema pudesse revisar casos já decididos, afastando-os por julgamentos subsequentes¹⁰⁰.

Vale recordar, no entanto, que as ações de Marshall no sentido de implementar uma única opinião da Corte não passaram livres de críticas, pois muitas figuras respeitadas no meio jurídico e político, incluído o então Presidente Thomas Jefferson, condenaram como fascista e autoritária a consolidação da opinião da Corte¹⁰¹.

Conforme observou Lêda Boechat Rodrigues, ao quebrar a prática até então adotada segundo a qual cada Juiz justificaria seu próprio voto, John Marshall arrogou para si a tarefa de redigir, ele mesmo, a maior parte dos acórdãos importantes, tendo escrito todos os acórdãos durante os cinco primeiros anos, salvo quando impedido, e nos sete anos posteriores, redigiu 130 acórdãos, deixando apenas 30 para os demais pares, tendo como característica raramente citar autores e precedentes, e permaneceria na Corte Suprema até o seu falecimento em 1835, não conseguindo cumprir seu plano de, quando aposentado, ler somente literatura e poesia¹⁰².

A propósito, curioso o argumento de Thomas Jefferson de que a prática de Marshall seria um “perigoso engenho de consolidação”¹⁰³, e ainda, tornaria os juízes preguiçosos e incompetentes, uma vez que ninguém saberia qual opinião seria de qual membro individual no

⁹⁹ MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions, American Bar Association Journal, Vol. 38, Nº. 10 (October 1952), p. 821.

¹⁰⁰ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective”, Journal of Law & Policy, Vol. 4 (2000), p. 267-268.

¹⁰¹ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective”, Journal of Law & Policy, Vol. 4 (2000), p. 267-268.

¹⁰² BOECHAT RODRIGUES, Lêda. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 27.

¹⁰³ MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions, American Bar Association Journal, Vol. 38, Nº. 10 (October 1952), p. 821.



caso, e nem se aquele que “compilou a opinião da corte” teria concorrido ou concordado com ela¹⁰⁴.

Em todo caso, uma advertência deve ser frisada, no sentido de que a opinião da corte não representaria necessariamente ausência de confusão:

“Opiniões consolidadas da Corte não existiriam sem a inovação do Presidente da Suprema Corte John Marshall. Eliminando a prática ‘*seriatim*’, Marshall lançou as bases para as misturas de opiniões hermeneuticamente confusas, concorrências e dissensos. Poucas pessoas hoje questionam a Lei de Marshall sobre as opiniões consolidadas. Ironicamente, a despeito da insistência de o Chief Justice Marshall em abolir decisões ‘*seriatim*’ fraturadas, mantendo precedentes íntegros, decisões divididas são agora mais comuns e mais confusas”¹⁰⁵

De fato, o modelo deliberatório não representa por si só anarquia argumentativa, pois uma decisão pode representar a “opinião da corte”, “*per curiam*”, e seu corpo trazer argumentos confusos e desconexos, e uma decisão “*seriatim*” pode trazer um voto condutor coerente com o qual os demais julgadores se limitem a dizer a quase monossilábica frase: “com o relator”.

No entanto, o modelo em que cada Juiz profere uma decisão/voto separado tende a permitir uma maior dificuldade na apreensão acerca do que, ou qual, efetivamente teria sido a decisão representativa da Corte.

O grande problema parece ser a “pluralidade de decisões” dentro de uma decisão, e em mais de um sentido. Cite-se o caso em que formam-se vários grupos de decisões divergentes concorrentes, no caso da Suprema Corte Americana em que três juízes votam em um sentido,

¹⁰⁴ STEWART, David O. A Chorus of Voices, American Bar Association Journal, vol. 77, nº 50, (1991).

¹⁰⁵ Tradução nossa do original: “Consolidated opinions of the Court would not exist without Chief Justice Marshall’s innovations.⁴⁹ By eliminating the *seriatim* practice,⁵⁰ Chief Justice Marshall laid the groundwork for the hermeneutically confusing mixtures of joint opinions, concurrences, and dissents.⁵¹ Few people today question the “Marshall law” of consolidated opinions.⁵² Ironically, despite Chief Justice Marshall’s insistence on abolishing fractured, *seriatim* decisions and maintaining straightforward precedents, divided decisions now are more common and more confusing”. Cfr.: HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, Journal of Law & Policy, Vol. 4 (2000), p. 271.



três em outro e mais três em outro, sendo de se destacar que as decisões passaram a ser divididas em tópicos.

Adam Hochschild, discorrendo sobre tentativas de solução do impasse criado com pluralidades decisórias, recorda que no *common law*, ao longo do século XIX, decisões seriadas ou fragmentadas (*seriatim*) eram válidas apenas enquanto julgamento, mas não como racionalidade dele, ou seja, as cortes não olhavam para decisões plurais em busca de mais de uma “*ratio decidendi*”, vale dizer, para várias “*ratios decidendis*”, e esta hipótese forneceria peso de precedente apenas em casos subsequentes que apresentassem fatos substancialmente similares, pois racionalidades autorizativas aplicáveis a casos subsequentes requerem apoio eminentemente majoritário¹⁰⁶, na realidade judicante americana.

Um caso emblemático julgado pela Suprema Corte Americana em 1977 é tido como a marca que supostamente estabeleceria o critério a ser adotado em caso de pluralidade de racionalidades. Cuida-se do caso “*Marks v. United States*”¹⁰⁷, conhecido também como “*Marks test*” ou como “*narrowest grounds test*”¹⁰⁸, no qual ficou decidido, expressamente, que:

“Quando uma corte fragmentada decide um caso, e nenhuma única racionalidade explique o resultado de acordo com o assento de cinco Ministros, a regra de decisão do Tribunal pode ser vista como aquela posição adotada por aqueles membros que concordaram no julgamento sobre os fundamentos mais restritos”¹⁰⁹

Entretanto, este teste da racionalidade “*Marks test*” ou “*narrowest grounds test*” foi abandonado e retomado algumas vezes pela Suprema Corte Americana, em razão de ser mais

¹⁰⁶ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000), p. 278.

¹⁰⁷ *Marks v. United States*, 430 U.S. 188, 193 (1977).

¹⁰⁸ HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000), p. 285.

¹⁰⁹ Tradução nossa do original: “[w]hen a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, ‘the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds’”. Cfr.: HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective”, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000), p. 279.



fácil falar sobre ele do que aplicá-lo, na prática, ou mesmo, em razão de permanecer um desafio a questão da existência da pluralidade de racionalidades¹¹⁰.

Modelos de Deliberação: Segredo, Mistério vs. Suposta Abertura

É preciso fazer aqui, neste ponto, uma diferenciação entre a pluralidade de racionalidades na Suprema Corte Americana e no Supremo Tribunal Federal Brasileiro, pois além das peculiaridades do modelo deliberativo (*per curiam v. seriatim*), existente ainda a questão sobre a publicidade pela qual se dão, ou ocorrem, tais deliberações.

No modelo Americano o público em geral, e mesmo os advogados das causas em particular, não assistem as deliberações decisórias, pois há certo ar de segredo e mistério nas deliberações da Suprema Corte Americana. Mencione-se que em 1979 quando Bob Woodward e Scott Armstrong publicaram o livro *“The Brethren: Inside the Supreme Court”*¹¹¹, revelando bastidores do Tribunal a partir de declarações feitas por funcionários e estagiários, foi considerado um escândalo, causando a fúria dos Ministros, e o fato ocorreu novamente em 2004¹¹² com a revelação dos bastidores da decisão do Caso Bush v. Gore quando David Margolick escreveu *“Vanity Fair”*¹¹³.

Nada parecido jamais ocorreu no Brasil, e os comentadores mais autorizados da Suprema Corte Brasileira continuam sendo Lêda Boechat Rodrigues, com seus 4 tomos¹¹⁴ sobre

¹¹⁰ A propósito, veja-se com minúcia a descrição dos casos subsequentes em que a Suprema Corte Americana adotou o referido teste, bem como quando decidiu abandoná-lo ou quando aplicou inconscientemente em: HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000), p. 278-286.

¹¹¹ WOODWARD, Bob; et al. *The Brethren: Inside the Supreme Court*. New York: Simon and Schuster, 1979.

¹¹² MARKHAM, James. Against Individually Signed Judicial Opinions”, *Duke Law Journal*, vol. 56, (2006), p. 923.

¹¹³ MARGOLICK, David; et al, “Vanity Fair: The Path to Florida”, *Truthout*, December 16, 2004, Last modified on Monday, April 21, 2008, Disponível em: <<http://www.truth-out.org/archive/component/k2/item/51281:vanity-fair--the-path-to-florida>>, acesso em: 07.07.2014.

¹¹⁴ A conhecida biógrafa do Supremo Tribunal Federal, Lêda Boechat Rodrigues, dividiu os 4 tomos em épocas distintas e em quase todos atribuiu referência temática, à exceção do último, sendo que o tomo I aborda os anos 1891-1898 (Defesa das Liberdades Civis), o tomo II os anos 1899-1910 (Defesa do Federalismo), o tomo III os anos 1910-1926 (Doutrina Brasileira do Habeas Corpus), e o tomo IV, v. I os anos 1930-1963, sendo este último lançado em 2001, onze anos após o tomo III, trabalho interrompido com o falecimento da historiadora. Cfr.: BOECHAT RODRIGUES, Lêda. *História do Supremo Tribunal Federal, Defesa das Liberdades Civis, Tomo I (1891-1898)*, 2ª ed.



a história do STF, Aliomar Baleeiro que chamou a Corte de este outro desconhecido¹¹⁵, e Hugo Mósca¹¹⁶, falando de suas memórias do Supremo “de Ontem e de Hoje”, todos os três visceralmente ligados a Suprema Corte, um ex-ministro, uma ex-taquígrafa e um ex-secretário-geral, embora certa polêmica tenha frequentado o imaginário forense com as duas publicações da Revista Piauí em agosto¹¹⁷ e setembro¹¹⁸ de 2010, com as reportagens de Luiz Maklouf Carvalho, que culminou com alguns ministros chamando as reportagens de fraude¹¹⁹.

Não se pode olvidar, por suposto, como importante fonte de pesquisa sobre o STF a densa pesquisa de Arnaldo Godoy que vislumbrou no STF um ponto cardeal de disputa pelo poder, fazendo um importante inventário historiográfico¹²⁰ do período compreendido entre 1935-1965, devendo ser mencionada ainda a coleção institucional de biografias dos Ministros do Supremo Tribunal Federal denominada “Memória Jurisprudencial”, pela qual já foram publicadas biografias jurisprudenciais dos Ministros Ribeiro da Costa¹²¹, Nelson Hungria¹²², Aliomar Baleeiro¹²³, Carlos Maximiliano¹²⁴, Castro Nunes¹²⁵, Epitacio Pessoa¹²⁶, Evandro Lins¹²⁷, Hahnemann Guimarães¹²⁸, Orozimbo Nonato¹²⁹, Pedro Lessa¹³⁰ e Victor Nunes¹³¹.

Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; BOECHAT RODRIGUES, Lêda. História do Supremo Tribunal Federal, Defesa do Federalismo, Tomo II (1899-1910), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; BOECHAT RODRIGUES, Lêda. História do Supremo Tribunal Federal, Doutrina Brasileira do Habeas Corpus, Tomo III (1910-1926), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; BOECHAT RODRIGUES, Lêda. História do Supremo Tribunal Federal, Tomo IV, vol. I (1930-1963), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

¹¹⁵ BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal, Esse Outro Desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

¹¹⁶ MÓSCA, Hugo. O Supremo Tribunal, Ontem e Hoje. 2ª ed. Brasília: Edição do Autor, 2001.

¹¹⁷ MAKLOUF CARVALHO, Luiz. Data Venia, o Supremo, Revista Piauí, Edição 47, Agosto de 2010.

¹¹⁸ MAKLOUF CARVALHO, Luiz. O Supremo, quousque tandem?, Revista Piauí, Edição 48, Setembro de 2010.

¹¹⁹ CHAER, Márcio. Cobra Criada: Ministros dizem que jornalista fraudou reportagem, Consultor Jurídico, 17 de agosto de 2010, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-17/ministros-supremo-dizem-revista-fraudou-reportagem>>, acesso em 07.07.2014.

¹²⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A história do Direito entre Foices, Martelos e Togas: Brasil (1935-1965) - Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

¹²¹ Sobre o Ministro Ribeiro da Costa, cfr.: KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Memória jurisprudencial: Ministro Ribeiro da Costa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

¹²² Sobre o Ministro Nelson Hungria, cfr.: FUCK, Luciano Felício. Memória jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

¹²³ Sobre o Ministro Aliomar Baleeiro, cfr.: JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

¹²⁴ Sobre o Ministro Carlos Maximiliano, cfr.: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.



Dentre estes 11 biografados de forma institucional, 2 Ministros cassados/aposentados compulsoriamente (Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva), mas o universo de “violência mais do que argumentativa” contra a Corte envolve um total de 15 Ministros afastados, e que reclamam, todos eles, por uma “Memória Jurisprudencial”, até mesmo para que se possa compreender adequadamente os “perigos argumentativos da Corte”.

Observe-se que durante o Império, quando nossa mais alta Corte era chamada de Supremo Tribunal de Justiça, foram afastados de suas funções, por Decreto de 30 de dezembro de 1863, 4 (quatro) de seus Juizes, porque teriam decidido contrariamente aos interesses da amante do Imperador¹³² – a Condessa de Barral – em um inventário judicial¹³³. Pedro Calmon, sobre o episódio de 1864 e as aposentadorias de 4 Juizes por Pedro II, narra:

“[sobre Pedro II] Gabava-se de nunca ter demitido um funcionário por suas ideias, de nunca ter sobreposto ao merecimento de um professor as convicções filosóficas, de jamais ter suportado a corrupção, premiado o desleixo dum magistrado, de deveres tão rigorosos, na sociedade, como o soberano, que lhos vigiava. Porque aposentou, com violência, acima da lei, ministros do Supremo Tribunal de Justiça, num escândalo administrativo que enervou o país?

Por intima convicção: o conde de Barral, esposo da preceptora de suas filhas, a espiritual senhora de Barral e Pedra Branca - queixara-se, ao partir para a Europa, que parte da

¹²⁵ Sobre o Ministro Castro Nunes, cfr.: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Memória jurisprudencial: Ministro Castro Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

¹²⁶ Sobre o Ministro Epitácio Pessoa, cfr.: NOLETO, Mauro Almeida. Memória jurisprudencial: Ministro Epitácio Pessoa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

¹²⁷ Sobre o Ministro Evandro Lins, cfr.: ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Memória jurisprudencial: Ministro Evandro Lins. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

¹²⁸ Sobre o Ministro Hahnemann Guimarães, cfr.: VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Memória jurisprudencial: Ministro Hahnemann Guimarães. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

¹²⁹ Sobre o Ministro Orozimbo Nonato, cfr.: LEAL, Roger Stiefelmann. Memória jurisprudencial: Ministro Orozimbo Nonato. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

¹³⁰ Sobre o Ministro Pedro Lessa, cfr.: HORBACH, Carlos Bastide. Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

¹³¹ Sobre o Ministro Victor Nunes, cfr.: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

¹³² LINS E SILVA, Evandro. O Salão dos passos perdidos: Depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e FGV, 1997, p. 400.

¹³³ CALMON, Pedro. O Rei filósofo: vida de D. Pedro II. Edição ilustrada. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1938, p. 123-124.



herança do sogro ficara nas engrenagens do fôro, comida por juízes fáceis ... Hein? Abriria inquérito ... Viu que isso não produziria nenhum resultado. Já, n'outra feita, justificando semelhantes aposentadorias disciplinares, Nabuco de Araújo confessara que nunca se provam acusações assim ... Então, furioso, impusera ao ministério o decreto corretivo, que arrancava à nobreza das togas o melhor privilégio, a intangibilidade. O ministério aprovou. Resistiu, com uma impávida teimosia, o presidente da Corte, Monserrate, velhinho e irredutível, estadista da Independência e como enfibrado de aço, que preferiu demitir-se, a ceder. Foi, pelo povo, pela oposição, homenageado, com uma coroa de oiro. D. Pedro II conservou-se mudo”¹³⁴

Os 4 “aposentados” em 1864, por Ordem Imperial de Pedro II, e sem processo judicial ou mesmo administrativo, foram os Ministros Gustavo Adolfo d'Aguilar Pantoja, Tibúrcio Valeriano da Silva Tavares, Cornélio Ferreira França e José Antonio de Siqueira e Silva. Como observado por Pedro Calmon, tal episódio desgastou o então presidente da Corte, Joaquim José Pinheiro de Vasconcellos (o Visconde de Monserrate) que se recusava a cumprir a execução da imposição Imperial, que, quando se viu pressionado, pediu exoneração do cargo de presidente, voltando à bancada de Juiz. Tal episódio é narrado nos anais do Supremo¹³⁵.

Posteriormente, já nos conturbados anos da primeira Era Vargas, aposentaram-se por meio de igual violência mais 6 (seis) Ministros por meio do Decreto nº 19.711 de 18 de fevereiro de 1931, em que foram aposentados os Ministros: Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antonio C. Pires e Albuquerque, Pedro Affonso Mibielli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca¹³⁶.

¹³⁴ CALMON, Pedro. O Rei filósofo: vida de D. Pedro II. Edição ilustrada. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1938, p. 123-124.

¹³⁵ Os comentários sobre a biografia do então Ministro do STJ – Supremo Tribunal de Justiça Visconde de Monserrate (Joaquim José Pinheiro de Vasconcellos) no site do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stj&id=285>>, acesso em: 02.07.2014.

¹³⁶ Vale o registro da medida, na qual aparecem como firmatários Getúlio Vargas e Oswaldo Aranha, que “aposenta Ministros do Supremo Tribunal Federal”: “Considerando que imperiosas razões de ordem pública reclamam o afastamento de ministros que se incompatibilizaram com as suas funções por motivo de moléstia, idade avançada, ou outros de natureza relevante; Decreta: Art. 1º São aposentados, com as vantagens que lhes assegura a legislação vidente, dispensado o exame de sanidade, os ministros Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antonio C. Pires e Albuquerque, Pedro Affonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano da Franca”. Cfr.: Decreto nº 19.711 de 18 de fevereiro de 1931.



Sobre as aposentadorias de 1931, notável é caso do Ministro Pires e Albuquerque, que atuou como Procurador Geral quando o cargo recaía entre um dos ministros do Supremo, que inclusive fez publicar um livro intitulado “Culpa e Castigo de um Magistrado”, em que arrola as peças e manifestações orais nos casos em que atuou, além de manifesto final¹³⁷.

Divide o livro em várias partes, entre elas “o caso da Vice-Presidência da república em 1922” em especial sua atuação no HC 8.584, na sessão de 8 de julho de 1922, o “levante de 1922” no caso da exclusão dos alunos da Escola Militar, no HC 9.231, na sessão do dia 25 de junho de 1923, o caso do julgamento sobre a conveniência e oportunidade da decretação do Estado de Sítio e das Medidas e Exceção pelo executivo em 1925, no HC 14.583 (impetrante o Sr. Senador Muniz Sodré, paciente o Sr. Edmundo Bittencourt), na sessão do dia 28 de janeiro de 1925, o Levante de 1922, em que se julgou as “imunidade estaduais e o estado de sítio”¹³⁸.

Mais à frente refere-se ao HC 8.603 (impetrante o Sr. Deputado Macedo Soares, paciente o Sr. Capitão de Corveta A. Vasconcelos) na sessão do dia 24 de julho de 1922, a Acusação Oral por ocasião do Julgamento d Rebelião de São Paulo, na sessão do dia 16 de novembro de 1927, o julgamento da chamada “Conspiração Protógenes” na Apelação Criminal nº 1.008, na sessão do dia 16 de maio de 1928. O livro finaliza-se com alguns artigos de jornal e pronunciamentos do Ministro Pires Albuquerque, que renunciara ao cargo de Procurador Geral após a derrocada da revolução de 1930, e por fim acabou sendo “aposentado compulsoriamente” juntamente com mais 5 ministros da Corte em 1931¹³⁹.

É o próprio Pires e Albuquerque¹⁴⁰ quem sentencia os motivos do calvário de sua aposentadoria após 11 anos de exercício no Cargo de Procurador: “Subindo ao Supremo

¹³⁷ PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Hunos, 1972; PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

¹³⁸ PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Hunos, 1972; PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

¹³⁹ PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Hunos, 1972; PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

¹⁴⁰ Resgatando também aspectos históricos importantes, em estudo publicado em 1982, relatando as agruras e dificuldades, Luiz Gallotti, que se casara com a filha de Pires e Albuquerque, ramo familiar de linhagem que



Tribunal os processos instaurados contra os revoltosos de 1922 e de 1924 a 1927, tocou-me acusa-los como representante do Ministério Público. Era o dever imposto pelo cargo e este dever estava de acordo com a minha consciência”¹⁴¹.

Valer registrar que o Julgamento dos cadetes da Vila Militar, que aderiam ao movimento de 5 de julho, em 1922, aliando-se aos “Dezoito do Forte” ganhou um capítulo recente com a afirmação de que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Sebastião Lacerda teria sido ameaçado de “aposentadoria compulsória” dependendo do voto que viesse a prolatar. Votou solitariamente vencido, não foi aposentado. Morreria pouco tempo depois¹⁴².

Antes disso, a afirmação de que o Presidente Artur Bernardes chantageou o mesmo Ministro Sebastião Lacerda em ao menos duas oportunidades em troca da promessa de manutenção da integridade física de seus filhos, então presos pelo envolvimento com o movimento Comunista. Uma das situações foi a votação no supremo dos casos dos tenentes, e outro de um habeas corpus de um dono de jornal opositor ao governo. Uma das narrativas refere:

“Apesar de sua determinação em se envolver o mínimo possível com a política brasileira, refugiando-se na Constituição e no STF, meu avô acabou sugado pelo redemoinho tenentista. Entre julho de 1924 e abril de 1925, alguns episódios o isolaram de seus pares no tribunal, esmagadoramente fiéis ao Poder Executivo (...) Ainda durante a crise de meu pai na

descende até a atual ministra Isabel Gallotti do STJ, filha de Octávio Gallotti, que por sua vez é filho de Luiz Gallotti, estes últimos foram ministros e presidiram o Supremo Tribunal Federal. Cfr.: Luiz Gallotti, “Pires e Albuquerque”. In Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: Conferências e Estudos, Editado por Josaphat Marinho e Roberto Rosas, Universidade de Brasília 11 a 14 de setembro de 1978, coleção temas Brasileiros, vol. 25. Brasília: Ed. UnB, 1982, p. 93-104.

¹⁴¹ PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Hunos, 1972, p. 128; PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

¹⁴² Embora seja uma narrativa romanceada, clama-se por “romance histórico”, feito pelo historiador Rodrigo Lacerda, filho Carlos Lacerda, o “demolidor de presidentes” que era neto de Sebastião Lacerda, o Ministro do Supremo. Cfr.: LACERDA, Rodrigo. A República das Abelhas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 164-165.



cadeia, a família recebera uma proposta aberta do Ministério da Justiça: se meu Avô renunciasse ao Supremo Tribunal Federal, meu pai e tio Paulo seriam libertados.”¹⁴³

O terceiro período que contou com aposentadorias “involuntárias” por parte de Ministros do STF ocorreria em 1968/69, após o Ato Institucional nº 5, com o afastamento dos Ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal, Laffayette de Andrada e Gonçalves de Oliveira, estes dois últimos protagonizando um “teatro” de renúncias por troca de Cartas, em solidariedade aos três ministros anteriores, e recordando os episódios que primeiro macularam a Corte em 1864 e 1931¹⁴⁴.

Como se vê, o ambiente deliberatório pode fazer toda diferença entre “trocar figurinhas” e abdicar de determinada e metafórica “independência”, quando sentar em uma sala “secreta e indevassável” ou a luz do dia, pode significar a diferença entre tomar a melhor decisão jurídica e desagradar os demais poderes da República.

O ambiente fechado das deliberações da Suprema Corte Americana é comumente caricaturado pelo uso simbólico da frase de efeito utilizada pelo hoje Ministro aposentado

¹⁴³ Ainda, sobre o julgamento de habeas corpus de um opositor de um jornal contrário ao governo, menciona que “Outro episódio de atrito frontal entre Sebastião Lacerda e Artur Bernardes ocorreu seis meses após o estouro da Revolução de 24, quando foi votado o habeas corpus do diretor de um jornal opositor. Como meu pai, o homem continuava preso sem acusação formal. Antes da votação no Supremo, o chefe de polícia apareceu na rua do Leão, prometendo que, caso meu avô se abstivesse de votar, meu pai e meu tio seriam soltos. Novamente obrigado à negociação indigesta, com o delegado e consigo mesmo, o velho jurista saiu-se alegando que seu voto pouca diferença faria, visto já saber que os demais ministros votariam em peso conforme o desejo do governo. Então ele se absteve. Mas a contrapartida não veio, e seus filhos continuaram presos” cfr.: LACERDA, Rodrigo. *A República das Abelhas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 158-159.

¹⁴⁴ É importante fonte de observação e reflexão sobre o delicado momento histórico o discurso de posse do ministro Gonçalves de Oliveira ao assumir, às vésperas da edição do AI 5, a Presidência do STF em 12 de Dezembro de 1968, bem como os discursos de despedida de Luiz Gallotti, presidente que se afastava da “curul” presidencial do STF e do Advogado Sobral Pinto. Após o AI nº 5 e o afastamento de 5 (cinco) ministros do STF, também há outro importante discurso de Luiz Gallotti, em 1969, ao assumir a presidência eventual do supremo após as aposentadorias “forçadas” dos ministros cassados – costuma-se eufemizar o ato – que também é importante fonte história de apreensão deste passado recente, em que se relembram as aposentadorias de 1863 e de 1931, e também as de 1968-69 quando cogitou-se o fechamento do Supremo Tribunal e se questionou o fato de que Gallotti citava o exemplo do Barão (depois Visconde) de Monserrate antes do AI nº 5 mas não lhe seguia faticamente o exemplo. Ver: Luiz Gallotti, [Discurso]. In Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal, 4., 1968, Brasília, realizada em 12 de dezembro de 1968: Discurso do Ministro Luiz Gallotti ao transmitir a presidência do Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça, 16 dez. (Brasília: Diário Oficial da União, 1968), 5365-5366; e: Luiz Gallotti, [Discurso]. In: Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal, 1., 1969, Brasília, em 5 de fevereiro de 1969: homenagem aos Senhores Ministros Aposentados, (Brasília: Diário da Justiça, 1969), 285-286.



David Souter, que disse: “Eu posso lhe dizer que no dia que você vir uma câmera vindo para nosso Tribunal vai ser por cima do meu cadáver”¹⁴⁵.

A grande indagação é saber até que ponto deliberações secretas, ou opiniões unificadas da Corte, contribuem para a manutenção da integridade e ausência de violência contra um Tribunal? Até porque não parece haver quem acredite que a Suprema Corte dos Estados Unidos não sofra pressões as mais diversas para adotar determinado posicionamento, e a epígrafe ácida de Robert Bork, um radical, mas um radical pensador, duvida que tal modelo represente democracia e república, preferindo chamar de “oligarquia togada”, e ele estava a se referir ao modelo americano, afirmando que os poderes de escolha dos Juízes não são mais que uma salvaguarda¹⁴⁶. Mas contra o que?

Fato é que a decisão aberta e difusa (*seriatim*) adotado no Brasil pode ter causado a cassação de 15 Ministros do Supremo Tribunal, em três períodos diversos, e o modelo de opinião da Corte unificada (*per curiam*), fechado e reservado como vem sendo adotado pela Suprema Corte Americana não teve o condão de eventualmente ensejar o afastamento de algum *Justice*, possivelmente porque arranjos decisórios institucionais são mais facilmente exequíveis na penumbra de uma sala “quase secreta”, sendo aliás difícil descobrir qual Julgador votou em qual sentido. Por outro lado, a votação pública permitiria eventualmente a confirmação/comprovação de arranjos institucionais escusos, que dependeriam muito mais da integridade do magistrado que do modelo deliberatório adotado.

¹⁴⁵ Tradução nossa do original: “I think the case is so strong,” Justice Souter said, “that I can tell you the day you see a camera come into our courtroom, it's going to roll over my dead body.”. Cfr.: “On Cameras in Supreme Court, Souter Says, 'Over My Dead Bod, The New York Times, March 30, 1996, disponível em: <<http://www.nytimes.com/1996/03/30/us/on-cameras-in-supreme-court-souter-says-over-my-dead-body.html>> acesso em: 06.07.2014.

¹⁴⁶ BORK, Robert. Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary”, Heritage Lectures, n 1147 (2008), p. 3-4.



3.1. Triângulo da Violência Argumentativa: Escolha de Membros de Tribunais¹⁴⁷.

Em 1974, em pleno auge do regime ditatorial civil-militar brasileiro¹⁴⁸, o economista Edmar Bacha cunhou a expressão “Belíndia” em uma clara crítica a um regime que tinha padrões de uma “interessante” mistura entre Bélgica e Índia¹⁴⁹. Uma das interpretações deste artigo diz:

“A fábula ‘O rei da Belíndia’, publicada em 1974 no jornal esquerdista opinião por indicação do economista Celso Furtado, foi a maneira alegórica encontrada por Bacha, sob a censura, para explicitar a crescente desigualdade social nos anos do “milagre econômico” brasileiro. Em 1960, os 10% mais ricos da população detinham 40% da renda total. Dez anos depois, esse porcentual subiu para 47%. Em 1980, chegou a 48%. A parcela da renda nas mãos dos 10% mais pobres, em contrapartida, caiu de 2% em 1960 para um mísero 1% nas décadas seguintes”¹⁵⁰

Uma parcial repetição do conteúdo do artigo, é verdade, que poderia ainda ser agregada a referência crítica de que a maquiagem numérica serviu para que o rei compreendesse então “que o PIB era uma espécie de Felicitômetro dos Ricos”¹⁵¹, o que tem muito em comum com a decisão judicial, que pode servir para maquiagem interesses pessoais,

¹⁴⁷ A referência será aos Tribunais, especialmente a Suprema Corte Americana e ao Supremo Tribunal Federal por adotarem critério de escolha de seus membros similar, cuja escolha e nomeação fica a cargo do chefe de estado, ou Presidente da República, seguido de uma audiência no Senado, para confirmação ou rejeição da escolha do nome do indicado. A escolha se dá porque são os órgãos de cúpula do Judiciário, a eles cabendo a última palavra sobre a Constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

¹⁴⁸ A referência a regime ditatorial “civil-militar” leva em conta a interpretação de René Armand Dreifuss na sua pesquisa de doutoramento (1976-1980) na Universidade de Glasgow, que ganhou o título comercial de “1964: A conquista do Estado”, no sentido de que “a ‘pré-história’ política e ideológica dos grandes interesses financeiro-industriais multinacionais e associados estava entrelaçada com a do bloco histórico populista e com a convergência das classes dominantes deste bloco. A história do bloco de poder multinacional e associado começou à 1ª de abril de 1964, quando os novos interesses realmente ‘tornaram-se Estado’, readequando o regime e o sistema político e reformulando a economia a serviço dos seus objetivos. Agindo dessa forma, levaram o Brasil e, poder-se-ia conjecturar, todo o cone sul da América Latina ao estágio mundial de desenvolvimento capitalista monopolista”. cfr: DREYFUSS, René Armand. 1964: A Conquista do Estado. Ação Política, Poder e Golpe de Classe, trad. Laboratório de Tradução da Faculdade de Letras da UFMG, Ayeska Branca de Oliveira Farias, et all. Petrópolis: Vozes, 1981, p. 489.

¹⁴⁹ BACHA, E. L. O rei da Belíndia: uma fábula para tecnocratas. in: E. L. Bacha, Os mitos de uma década. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, p. 57-61.

¹⁵⁰ “A Belíndia Revisitada”, Revista Veja, 2290, outubro, (2012).

¹⁵¹ BACHA, E. L. O rei da Belíndia: uma fábula para tecnocratas. In: E. L. Bacha, Os mitos de uma década, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, p. 61.



voluntaristas, que poderia ser chamada, em alguns casos, inspirada naquela afirmação, de “Felicômetro Pessoal dos Juizes”, nem que para isso seu prolator (Juiz Singular ou Corte) tenha que utilizar pretextos os mais interessantes, incidindo em vícios de argumentação/justificação¹⁵², “Triângulo da Violência Argumentativa”.

Registre-se que o “Triângulo da Violência Argumentativa” de que se cogita não tem vinculação direta com o termo “violência linguística” compreendida e observada como “uma das várias formas da violência simbólica, que pode ser entendida como dominação de um grupo por outro, assegurada pelos sistemas simbólicos, que cumprem sua função política de imposição ou de legitimação dessa dominação”¹⁵³. Não obstante, o conceito auxilia na compreensão da construção que se pretende.

Inicialmente, o próprio processo de escolha dos Juizes deve ser objeto de análise em termos de disputa ou violência simbólica, especialmente as sabatinas ou o chamado “Hearing on the Nomination”, que é o procedimento no Senado Americano. Argumenta-se aqui que o processo de escolha dos Julgadores é a porta de entrada da ação ou omissão no âmbito do “Triângulo da Violência Argumentativa”, e a confirmação, posse e exercício a continuação deste.

A atividade decisória de uma Corte Suprema ou Superior, no exercício do controle da constitucionalidade das Leis, é a mais clara exemplificação da tensão exercida sobre as cordas da democracia, como na alegação de que “o judicial review realizado sobre a legislação é inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e

¹⁵² Adotamos a diferença e a crítica entre argumentação e justificação, especialmente (mas não exclusivamente) a partir das seguintes obras: RODRIGO RODRIGUEZ, José. Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013; Advirta-se, no entanto, que são muitas as possibilidades de diferenciação: Duncan Kennedy, Brian Tamanaha, Frederick Schauer, Susan Haack, Adrian Vermule, Larry Alexander, Cass Sustein, Robert Sumers e Ernest Weinrib, organizados e reunidos em: A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate, organizado por José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011; e ainda: ELSTER, Jon. Juicios Salomónicos: Las limitaciones de la racionalidade como principio de decisión, trad. Carlos Gardini. Barcelona: gedisa editorial, 1999.

¹⁵³ CABRAL RODRIGUES, Paulo César. Atos de Fala e Ideologia - A violência Linguística no Discurso da Revista Veja Sobre as Favelas. Dissertação de Mestrado, Universidade Estadual do Ceará, 2012, p. 54.



democrática”¹⁵⁴. Concorde-se ou não com a afirmação, ela expõe o choque entre o legislativo e o judiciário, e esta disputa (ideológica) pode ainda ser observada nas indicações de ministros (justices) para a Suprema Corte americana, especialmente na reprovação pelo Senado Americano do nome de Robert Bork, em 1987.

Aliás, afirma-se uma abissal diferença entre Ronald Dworkin e Robert Bork, antípodas por excelência. Colegas de turma no curso de Direito em Yale, logo tomariam posições distintas após o curso. Dworkin iria para Oxford assumir a vaga de professor que outrora pertencera a H. L. Hart, e Bork seria nomeado Procurador-Geral da administração Nixon, para logo ter a grande batalha político-jurídica de Watergate. Bork viria a ser Juiz da poderosa Corte de Apelações do Distrito de Columbia, e seria indicado para uma vaga na Suprema Corte dos Estados Unidos pelo presidente Ronald Reagan, mas seria rejeitado após uma longa e penosa sabatina no Senado¹⁵⁵.

Bork poderia ser considerado um radical de direita. Ele teria identificado o que denominou de “nova classe”, que poderia ser chamada de “Cabeça de Dworkin”, composta por pessoas que ocupavam as posições chave da sociedade (como jornalistas, acadêmicos, celebridades, ambientalistas, e ativistas), nascidos nos anos 1960, essa “nova classe” seria oposta às tradições como o juramento à bandeira, ensino nas escolas de valores tradicionais – como família, composta por pai (homem) e mãe (mulher), e principalmente, conforme observa Marvin Chirelstein, essa “Nova Classe” representaria uma minoria política de esquerda, de quem a urna eleitoral não seria muito amiga, exceto em locais nobres de Manhattan, numa espécie de “socialismo soft”, e que lutariam guerras culturais através da mídia, dominada por eles de maneira substancial:

“O que a “Nova Classe” tem encontrado para tomar o lugar da vontade popular é o conceito jurídico de “direitos individuais”, para o qual a Suprema Corte dos Estados Unidos se

¹⁵⁴ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. trad. Adauto Villela, in: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), 94; ou, no original: WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, The Yale Law Journal 115 (2006) 1348.

¹⁵⁵ CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution, 17 Green Bag 2D 17, (2013).



tornou o porta-voz não eleito. A fonte daqueles direitos deve ser encontrada, não nos estatutos dos Estados Unidos como promulgados pelos representantes do povo, mas na própria Constituição, um documento subjacente a todas as outras leis e, obviamente, livre de limitações legais e de correção eletiva. A Suprema Corte há muito tempo arrogou a si mesma (incorretamente e inapropriadamente, pensava Bork) o poder do “judicial review”, significando que a Corte detém autoridade ilimitada para determinar se os atos do Congresso ou de qualquer legislatura estadual são ou não consistentes com os requisitos constitucionais. Muitos tem admirado esta função, presumidamente no ponto em que ela protege os interesses das minorias da tirania das majorias; mas na visão de Bork, o efeito, ultimamente, tem sido o de dar a um pequeno grupo de advogados de esquerda, alguns ou a maioria dos membros da “Nova Classe”, o poder de promover a sua própria agenda política e usar este poder para “coagir”. Sexo e religião eram, para Bork, duas das maiores áreas da moralidade pública (existem outras, Pornografia e Gênero) nas quais a Corte tem mostrado a si mesma como ativamente ideológica e tem feito o mais egrégio uso de sua autoproclamada autoridade”¹⁵⁶.

Para Bork, os anos 1960 e 1970 teriam sido identificados por toda uma geração de adolescentes “mimados” e drogados de Woodstock, que teriam envenenado a si mesmos com autoindulgência e degeneração, e que quando tais adolescentes cresceram, adultos e em posições de poder, exercendo autoridade no governo, o teria feito elaborar a seguinte reflexão:

¹⁵⁶ Tradução livre nossa, do original: “What the New Class has found to take the place of the popular will is the legal concept of 'individual rights', for which the Supreme Court of the United States has become the unelected spokesman. The source of those rights is to be found not in the statutes of the United States as enacted by the elected representatives of the people, but in the Constitution itself, a document underlying all other laws and obviously free of statutory limitations and elective correction. The Supreme Court long ago arrogated to itself (incorrectly and improperly, Bork thought) the power of 'judicial review', meaning that the Court has unlimited authority to determine whether the acts of Congress or of any of the state legislatures are or are not consistent with the Constitution's requirements. Many have admired this function, presumably on the ground that it protects minority interests from the tyranny of the majority; but in Bork's view the effect, ultimately, has been to give a small cadre of left-leaning lawyers, some or most of them most likely members of the New Class, the power to promote their own political agenda and to use that power to 'coerce'. Sex and Religion were, for Bork, two major areas of public morality (there are others, Pornography and Gender) on which the Court has shown itself to be actively ideological and has made the most egregious use of its self-assumed authority”. cfr: CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution. 17 Green Bag 2D 17, (2013), p. 19-21.



“O que sofremos deles quando eram crianças não é nada comparado ao que eles têm feito conosco e nos feito sofrer agora que cresceram”¹⁵⁷.

Quando Bork foi indicado pelo presidente Ronald Reagan para suceder Lewis Powell em uma vaga de ministro (Justice) na Suprema Corte Americana, suas ideias escritas e faladas voltaram-se contra ele, sendo conhecida a campanha nacional de vários setores da sociedade americana contrários a Bork, inclusive um artigo publicado por Ronald Dworkin em uma revista impactante, popular e de circulação nacional¹⁵⁸.

Para Dworkin, Bork era um constitucionalista radical que rejeitava o tipo de regra resultante da deliberação judicial que todos - supostamente - já haviam aceitado, alegando (em 1987) que os senadores teriam um problema pela frente, diferente dos que costumavam ter, pois segundo Dworkin, Robert Bork pretendia corrigir alguns “equivocos” da Suprema Corte agora por meio da asa direita da corte, e que Bork não ofereceria nenhuma justificação coerente para seus pontos de vista radicais e ilegais. O discurso de Dworkin endureceria ainda mais quando ele mencionara que o papel do senado não seria o de rejeitar postulantes a vaga de ministro da Suprema Corte em razão de seus desacordos quanto aos pontos de vista sobre questões constitucionais do candidato, no entanto, prosseguiu Dworkin afirmando:

“Mas o Senado possui a responsabilidade constitucional no processo de escolhas para a Suprema Corte, além de assegurar que o nomeado não é um tolo ou um trapaceiro. A Constituição é uma tradição, bem como um documento, e o Senado deve satisfazer a si mesmo no sentido de que um nomeado tencione, de boa fé, a ajudar a interpretar aquela tradição de maneira jurídica, não para desafiar e substituí-la por alguma visão política radical, a qual o argumento jurídico jamais irá tocar.”¹⁵⁹

¹⁵⁷ CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution. 17 Green Bag 2D 17, (2013), p. 19.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. Bork Nomination. The New York Review of Books, Vol. 34, n 13. (1987).

¹⁵⁹ Tradução livre nossa, do original: “But the Senate does have a constitutional responsibility in the process of Supreme Court appointments, beyond insuring that a nominee is not a crook or a fool. The Constitution is a tradition as well as a document, and the Senate must satisfy itself that a nominee intends in good faith to join and help to interpret that tradition in a lawyerlike way, not to challenge and replace it out of some radical political vision that legal argument can never touch”. cfr: DWORKIN, Ronald. Bork Nomination. The New York Review of Books, Vol. 34, n 13. (1987).



Dworkin profetiza, em um argumento que poderia facilmente ser identificado como “*ad terrorem*”¹⁶⁰, que se fosse confirmada a nomeação de Bork, a corte seria dominada pela visão

¹⁶⁰ *Ad terrorem* por dois motivos. Primeiro, não menciona os nomes de quem seriam as outras “penas” da asa direita pela qual o Tribunal iria voar. Segundo, ao não dar “nomes aos bois”, esquece que o poder de um único juiz só terá força, na Suprema Corte americana, se convencer ao menos quatro outros colegas. Dworkin profetizou, assim, “o fim do mundo”, mas fazendo uma crítica à asa direita, esqueceu-se da asa esquerda da Corte, tornando plena de sentido a observação de Marvin Chirelstein, que foi colega de ambos na vida e na faculdade, dizendo sobre Dworkin e Bork: “Bork e Dworkin sustentaram diferentes teorias de interpretação constitucional, conduzindo a resultados bastante diferentes quando os casos surgem. Ambas são interessantes e até persuasivas, em algum sentido, embora eu suspeite, menos como uma questão de influência atual como seus melhores trabalhos retrocedem no tempo. Nenhum outro, tanto quanto eu possa dizer, jamais foi citado pela Suprema Corte por sua teoria de interpretação constitucional ou suas apreciações de casos já decididos. Neste sentido, como outros trabalhadores da acadêmica, neste campo, suas visões particulares são transitórias e inofensivas. Mas tem sido largamente lidas e tem influenciado a academia e a opinião pública, e cada uma tem devotados seguidores políticos. Há ainda, é claro, outra escola de interpretação Constitucional, mas não é baseada em uma leitura atenta dos casos decididos, ou na própria constituição, e certamente não em pesquisa acadêmica. Por outro lado, embora não muito bem informada, é sem dúvida bem mais largamente apoiada do que qualquer outra teoria. E é a teoria dos “valores pessoais”. Sobre esta teoria, o que vier dos casos envolvendo questões sociais sensíveis, dependerá apenas de quem estiver entre os 5 que fazem a maioria da corte, e de quem estiver entre os 4 que afastam tais resultados, e inevitavelmente aparecem chorando contra o “ativismo judicial”. Isso varia de tempos em tempos, ou de geração a geração, e é bastante previsível. É a teoria apoiada por todos os congressistas, por todos os presidentes, por muitos juízes, e pelo ‘homem-das-ruas’ na medida em que este último presta qualquer atenção sobre a questão. A teoria dos “valores pessoais” é um pouco difícil de articular, mas quem sabe de uma maneira, reconhecidamente desajeitada, pode-se dizer que quando se defronta com uma constituição que seja mais ou menos aberta e não restrita, os juízes como que lançam mãos de seus próprios sentimentos do coração, e o que eles dizem atentamente serem as melhores escolhas de acordo ao que seja retamente justo, ao dever público e à consciência. Por esta razão as decisões dos tribunais parecem ser mais políticas ou estéticas ao invés de estritamente legais, com óbvias consequências de perturbar mais do que aquietar o pensamento público. Eu mais do que suspeito, muito embora não possa provar, que Bork e Dworkin eram influenciados, e mesmo guiados por valores pessoais quando propuseram suas respectivas visões sobre a Constituição. Qualquer um que os conheceu, creio eu, estaria bastante convicto desta suspeita. Para ser sincero, cada um dos dois insistiria justamente no contrário, e que suas aproximações acerca da interpretação constitucional eram consistentes, objetivas e até mesmo científicas. Há uma certa ironia nisso tudo, eu suponho, pois desde que valores pessoais inspiraram seus trabalhos mais interessantes e incisivos. Eu não pretendo sugerir que a teoria dos “valores pessoais” seja de qualquer forma inapropriada. Seria, entretanto, se fosse considerada como uma teoria que ordena as outras teorias, com efeito de eliminar a ampla literatura – deles e dos outros – por outro lado ligada a grande questão da interpretação constitucional”. Tradução nossa do original: “Bork and Dworkin held sharply different theories of constitutional interpretation leading to very different results as cases arose. Both are interesting and to some extent persuasive, though, I suspect, less and less a matter of current influence as their major works recede in time. Neither, as far as I can tell, has ever been cited by the Supreme Court for his theory of constitutional interpretation or his appraisal of decided cases. In that sense, like other academic workers in this field, their particular views are transitory and harmless. But have been widely read and have influenced scholarly and to some extent public opinion and each has a devoted political following. There is of course another school of constitutional interpretation, but it is not based on a close reading of the cases or of the Constitution itself and certainly not on scholarly research. On the other hand, though not well informed, it is undoubtedly much more widely held than any other such theory. And that is the theory of ‘personal values’. Under that theory, the outcomes in cases involving sensitive social issues depends on just who is in the 5 that makes up the Court majority and who is in the 4 that excoriates those outcomes and inevitably raises the cry of ‘judicial activism’. This varies from time to time or from generation to generation and is fairly predictable. It is a theory held by all congressmen, by all presidents, by



da direita americana, e que este fato representaria o clímax de uma ambição presidencial bastante distinta, qual seja, a de congelar a Suprema Corte, pelo maior tempo possível, em uma ortodoxia vinculada a orientação presidencial¹⁶¹.

Observa-se que Dworkin aproveitara para recordar que pouquíssimos nomeados teriam ido tão longe em anunciar suas posições, com as quais seriam confrontados em caso de confirmação, como na alegada declaração de Bork de que a decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*, que limitara o poder dos estados em criminalizar o aborto, seria ela mesma (decisão), inconstitucional, e ainda, quando declarou que a Constituição, em seu ponto de vista, reconhece plenamente a adequação da pena de morte, ou ainda, que o postulado de “um homem, um voto” era seriamente um equívoco, nos planos eleitorais nacional e local, além de ter afirmado que seria legalmente um absurdo que minorias morais, como os homossexuais, possuísem direitos contra a discriminação, além de ter duvidado da sabedoria da decisão constitucional de que a polícia não poderia usar provas ilegalmente obtidas em um caso criminal, além de ter se posicionado, em um voto de dissenso e minoritário, quando de um julgamento na Corte de Apelação, esposando o entendimento de que o Congresso não poderia desafiar a constitucionalidade dos poderes do presidente em uma Corte Judicial¹⁶².

Um liame entre pontos de vista nas administrações Republicana e Democrata parece ser visível, entre velhos juristas e seus discípulos, pois Bork defendia os pontos de vista que algum

many judges, and by the man-on-the-street to the extent that the latter pays the matter any attention. The 'personal values' theory is a bit hard to articulate, but perhaps one way, admittedly rather clumsy, is to say that when faced with a Constitution that is more or less wise open and unconfined, judges are likely to resort to their own heartfelt sentiments and what they regard as the choices best suited to righteousness, public duty, and conscience. For that reason the Court's decisions appear to be political or aesthetic rather than strictly legal, with the obvious consequence that they are more likely to unsettle than to quiet the public mind. I more than suspect, though I cannot prove, that Bork and Dworkin were influenced, indeed driven, by personal values in propounding their respective views of what the Constitution requires. Anyone who knew them, I believe, would be almost certain to share that suspicion. To be sure, each would have insisted that the contrary was true and that his approach to constitutional interpretation was consistent, objective, even scientific. There is a certain irony in that, I suppose, since personal values obviously inspired their most interesting and incisive work. I do not mean to suggest that a theory of "personal values" is discreditable in any way. It would, however, if regarded as the theory that rules all other theories, have the effect of eliminating a large literature - theirs and others - otherwise directed to the great question of constitutional interpretation." cfr: CHIRELSTEIN, Marvin A. *Bork, Dworkin, and the Constitution*. 17 *Green Bag* 2D 17, (2013), p. 27-28.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Bork Nomination*. *The New York Review of Books*, Vol. 34, n 13. (1987).

¹⁶² DWORKIN, Ronald. *Bork Nomination*. *The New York Review of Books*, Vol. 34, n 13. (1987).



tempo depois viriam a ser defendidos pelo jurista que elaborou as defesas jurídicas da administração de George W. Bush, qual seja, o advogado John Yoo. Observa-se, aliás, que o próprio Yoo confessa ter sido influenciado por Bork ainda quando estudante de Direito, mencionando expressamente a leitura de 3 obras enquanto estudante: *“The Tempting of America”*, *“The Antitrust Paradox”* e *“Slouching towards Gomorrah”*, afirmando, com uma coragem acadêmica invejável, que “Eu apreciei sua provocativa sugestão de que o Congresso poderia derrubar decisões da Suprema Corte através de simples voto majoritário”¹⁶³. Para eles, um choque. Para nós, um choque sobre o choque, dada a banalização que nos é peculiar sobre a questão.

John Yoo descreve sua primeira vez com Robert Bork, chamando-o de oráculo, mencionando que Bork foi direto ao ponto, e estava preocupado com o chamado “Alien Tort Statute” (ATS)¹⁶⁴, com receio de que Juízes fossem tentados a importar normas do Direito Internacional e utiliza-las diretamente no Direito Americano, chamando o ativismo judicial de “doença” que teria se espalhado por outros países, mencionando que tais pensamentos teriam virado o livro *“Coercing Virtue”*, o qual John Yoo teria tido, segundo suas próprias palavras, o privilégio de auxiliar¹⁶⁵. As disputas são claramente ideológicas, embora mais claras e intelectualmente honestas do que aqui!

A propósito, o duro discurso de Dworkin contra a indicação de Bork para a Suprema Corte Americana, mencionado anteriormente, rendeu resultados, ao lado de toda uma campanha nacional contra a indicação, e ele foi rejeitado pelo Senado em 1987, primeiro pelo Comitê Judiciário, por 9 votos à 5, e depois pelo corpo de senadores, com 58 votos contrários e 42 votos a favor. Era nitidamente, repita-se, uma disputa ideológica, tanto que em 2012, o então candidato a presidente Mitt Romney nomeou Bork para ser um dos chefes e assessor

¹⁶³ Tradução nossa do original: “I enjoyed his provocative suggestion that Congress could override Supreme Court decisions by simple majority vote”. cfr: YOO, John. Taming Judicial Activism: Judge Robert Bork’s Coercing Virtue, 80 U Chi. L Rev. Dialogue 257 (2013).

¹⁶⁴ A referência é ao seguinte dispositivo normativo dos Estados Unidos da América: Judiciary Act of 1789 § 9, ch 20, 1 Stat 73, 76–77, codified as amended at 28 USC § 1350. Ver nota de rodapé nº 5, p. 285 de: YOO, John. Taming Judicial Activism: Judge Robert Bork’s Coercing Virtue, 80 U Chi L Ver. Dialogue 257 (2013).

¹⁶⁵ YOO, John. Taming Judicial Activism: Judge Robert Bork’s Coercing Virtue, 80 U Chi. L Rev. Dialogue 257 (2013).



jurídico da Campanha Republicana à Presidência da República, trazendo com isso novamente uma campanha contrária, na qual se recordava 1987, com a seguinte pergunta provocativa¹⁶⁶:

“Muitos presidentes deixam seu mais duradouro legado à nação nos Ministros que nomeiam para a Suprema Corte, e nos Juízes Federais que colocam na bancada. Então, o que inspira o atual governador de Massachusetts, Mitt Romney, em nomear Robert Bork para “co-chefiar” o comitê do Direito, da Constituição e do Judiciário, de sua campanha presidencial?”¹⁶⁷

A Sabatina de Bork no Senado Americano ocorreu durante 12 (doze) dias, e produziu um documento com mais de seis mil e quinhentas páginas, em que foram indexados todos os documentos a respeito, todas as manifestações anteriores do indicado, entre artigos, entrevistas, opiniões emitidas em livros e perante testemunhas, bem como foram catalogadas manifestações de cerca de uma centena de pessoas, entidades, grupos e associações, ao lado, é claro, das perguntas e respostas a que foi submetido o pretendente a uma cadeira na Suprema Corte¹⁶⁸.

Uma sabatina como essa, no entanto, não é a regra americana e nem o modelo seria o mais sério e confiável, diferentemente do que sugestionam Virgílio Afonso da Silva, Octávio Luiz Motta Ferraz e Diogo Coutinho¹⁶⁹ ao comparar os modelos de sabatina no Brasil e nos Estados

¹⁶⁶ Cuida-se de um panfleto Partidário vinculado ao grupo “People for the American Way”, que cunha título notoriamente pejorativo: “Borking America”, vinculando a indicação de Robert Bork redução de direitos individuais, ao ataque aos direitos civis, ao restabelecimento da criminalização da sodomia, a negativa dos direitos das mulheres, ao controle de natalidade e à promoção do poder corporativo. cfr: RASKIN, Jamie. Borking America: What Robert Bork Will Mean for the Supreme Court and American Justice, Washington: People For the American Way, 2012.

¹⁶⁷ Tradução livre nossa: “Many presidents leave their most enduring legacy to the nation in the Justices that they name to the Supreme Court and the federal judges that they put on the bench. So what inspired former Massachusetts governor Mitt Romney to name former judge Robert Bork to co-chair his presidential campaign advisory committee on law, the Constitution and the judiciary?” cfr: RASKIN, Jamie. Borking America: What Robert Bork Will Mean for the Supreme Court and American Justice, Washington: People For the American Way, 2012.

¹⁶⁸ A sabatina ocorreu nos dias 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 28, 29 e 30 de setembro de 1987. Catalogado em 5 volumes. Ver: Nomination of Robert H. Bork to be associate justice of the Supreme Court of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Congress, First Session, on S. J-100-64, Nomination of Robert H. Bork to be associate justice of the Supreme Court of the United States, September 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 28, 29 and 30, 1987, 100rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 1989.

¹⁶⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio; et al., A hora do Senado, Tendências e Debates, Jornal Folha de São Paulo, 30 de setembro de 2009, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz3009200909.htm>>, acesso em 02.07.2014.



Unidos, bastando citar, a propósito, que Richard Posner relata que houve fraude em sua sabatina para o cargo de Juiz de Corte de Apelação dos Estados Unidos, com supressão de um de seus comentários sobre sua compreensão acerca do papel do Juiz¹⁷⁰.

O resultado disso é que agora, mais do que antes, nas sabatinas do Senado americano os indicados escondem suas predileções, evitam emitir opiniões que poderiam impactar, como no famoso e recente caso da sabatina do atual presidente da Suprema Corte Americana John Roberts, que, inquirido sobre qual seria o papel do Juiz, saiu-se com a caricata metáfora do árbitro de baseball, apelando para o esporte que é a paixão nacional nos Estados Unidos.

Literalmente, John Roberts disse que Juízes e Ministros são servos do Direito, são como “árbitros”, pois “árbitros” não fazem as regras do jogo, eles as aplicam, ou seja, “árbitros” e Juízes tomam as providências para que as regras sejam cumpridas, para que todos joguem conforme as regras, e que ninguém vai a um jogo para assistir ao “árbitro”, e que ele iria se lembrar de que seu trabalho é anunciar strikes e arremessos, e não arremessar ou rebater, conforme noticiado por Mark Tushnet¹⁷¹, sem deixar de observar que o então Senador pelo estado de Illinois, Barack Obama anunciara que votaria contra a confirmação de John Roberts, com a seguinte e importante manifestação:

“Enquanto a aderência ao precedente e as regras da construção constitucional ou do estatuto responderão por 95% dos casos que são apresentados diante da Corte, e então ambos, Scalia e Ginsburg chegarão no mesmo lugar na maioria das vezes nesses 95 por cento dos casos – o que importa na Suprema Corte, nestes 5 por cento restante dos casos são realmente

¹⁷⁰ A referência de Richard Posner foi feita em uma entrevista relativamente recente: “I have made fun of Roberts about the umpire thing but I don't blame either of them because the confirmation hearings are not for real. At my confirmation hearing back in 1981, when confirmations were much less controversial (and of course court of appeals nominations don't get the same scrutiny as Supreme Court justices, though they are getting much more than they did when I was confirmed, Strom Thurmond, the chairman of the Judiciary Committee, asked me, 'Do you agree that judges should just apply the law; they shouldn't make the law?' I said that was usually the case but some cases are indeterminate and to decide them the judge may have to create some law. Sometimes later I received the printed report of the confirmation hearing, and my answer - my nuanced answer - had been changed (without notice to me) to yes, judges should just apply the law and not make the law.”. Cfr.: POSNER, Richard. The Court: A Talk with Judge Richard Posner, by Eric Segall. The New York Review of Books, September 29, 2011, Vol. 58, n 14. (2011).

¹⁷¹ TUSHNET, Mark. In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court, New York: Norton & Company 70, 2013, p. ix.



difíceis... nestes 5 por cento dos *hard cases*, o texto constitucional não será o ponto principal. A linguagem do estatuto não estará perfeitamente clara. O processo legal por si só não o conduzirá a regra de decisão. Nestas circunstâncias, ... o ingrediente crítico é fornecido pelo que se encontra no coração do julgador ...”¹⁷²

É ainda mais interessante observar que foi John Roberts quem pesou a favor do mais ambicioso programa político de Barack Obama, quando votou a favor da manutenção do *Obamacare (Affordable Care Act)*, em votação apertada na Suprema Corte (5 votos a 4)¹⁷³, mencionando que a norma era em parte constitucional e em parte inconstitucional, mas concedendo uma deferência ao legislador, votou pela manutenção da norma, ou seja, o coração do Julgador talvez importe mais do que os 5% sugeridos por Obama.

Vale recordar ainda que o fundamento utilizado no julgamento do caso *Obamacare (Affordable Care Act)* de deferência, é justamente o fundamento pelo qual Robert Bork era um dos mais ardorosos defensores, pois ao lado do originalismo, era adepto da “*judicial deference to the democratic process*”¹⁷⁴, uma segunda ironia no caso!

O inteiro teor do discurso de Barack Obama inicia elogiando a manutenção da “civilidade” na audiência de confirmação de John Roberts no Senado, ao tempo em que faz uma crítica singela à Casa Branca, expressando como deve ser, na sua opinião, o processo de escolha de um Ministro para a Suprema Corte:

“Eu espero que no caso do próximo nomeado que venha indicado para a Suprema Corte, a Casa Branca reconheça que é sua obrigação não apenas para com a comissão do

¹⁷² Tradução livre do original: “While adherence to legal precedent and rules of statutory or constitutional construction will dispose of 95 percent of the cases that come before a court, so that both a Scalia and Ginsburg will arrive at the same place most of the time on those 95 percent of the cases - what matters on the Supreme Court is those 5 percent of cases that are truly difficult ... In those 5 percent of hard cases, the constitutional text will not be directly on point. The language of statute will not be perfectly clear. Legal process alone will not lead you to a rule of decision. In those circumstances,... the critical ingredient is supplied by what is in the judge's heart...”. cfr: TUSHNET, Mark. *In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court*, New York: Norton & Company 70, 2013, p. xi.

¹⁷³ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. (2012), 132 S.Ct 2566.

¹⁷⁴ SOMIN, Ilya. *The Borkean Dilema: Robert Bork and the Tension between Originalism and Democracy*, The University of Chicago Law Review Dialogue, vol. 80, (2013), p. 243.



Senado, mas com o povo americano, ter certeza de que nós possamos avaliar minuciosa e adequadamente os registros de cada um dos nomeados que esteja perante nós.”¹⁷⁵

Obama menciona que gostou da impressão que teve de Roberts, e utiliza principalmente duas metáforas para dizer da dificuldade em que se encontrava. Refere-se ao já mencionado “coração do julgador”, e utiliza uma outra expressão de linguagem sobre maratonas, dizendo que John Roberts pareceu ser uma pessoa decente, que seria alguém aparentemente apaixonado pelo Direito, mas que a aderência ao precedente e as regras de construção e interpretação somente podem conduzir até a 25ª milha da maratona, mas que a última milha somente pode ser determinada pelos valores mais profundos da pessoa, especialmente vinculadas a sua visão acerca de como o mundo funciona, e pela profundidade e largura da empatia de alguém¹⁷⁶.

Mencionou, ainda, especialmente a importância da visão do indicado sobre o quanto as ações afirmativas seriam uma resposta apropriada para a discriminação histórica nos Estados Unidos, ou sobre como o direito geral à privacidade forneceria as bases para um direito mais específico para que as próprias mulheres controlassem suas decisões reprodutivas (e aqui o aborto e o controle de natalidade estava mais do que sugerido), e são exatamente estes casos - chamados de difíceis, que 5% das decisões seriam impulsionados pelo “coração do julgador”¹⁷⁷.

Merece destaque a visão acerca da concepção do papel que o Direito exerceria na sociedade, que para ambos seria uma maneira de equilibrar a luta – a referência é ao jogo – entre fortes e fracos:

¹⁷⁵ Tradução nossa do original: “I hope with the next nominee who comes up for the Supreme Court that the White House recognizes that in fact it is its duty not just to the Senate but to the American people to make sure we can thoroughly and adequately evaluate the record of every single nominee who comes before us”. cfr: OBAMA, Barack. “Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text”, disponível em <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>, acesso em 02.07.2014.

¹⁷⁶ OBAMA, Barack. “Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text”, disponível em <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>, acesso em 02.07.2014.

¹⁷⁷ OBAMA, Barack. “Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text”, disponível em <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>, acesso em 02.07.2014.



“Eu conversei com o Juiz Roberts sobre isso. O Juiz Roberts confessou que, diferente talvez de políticos profissionais, não é fácil para ele falar sobre seus valores e seus sentimentos mais profundos. Não é sobre como ele é treinado. Ele disse que não aprecia valentões, e sempre enxergou no direito um meio para equilibrar o campo entre o forte e o fraco”¹⁷⁸

Diferentemente da sabatina de Robert Bork, o processo de confirmação do atual presidente da Suprema Corte Americana durou apenas 4 dias, mas a manifestação e as perguntas ao indicado ocorreram durante apenas um deles, tendo todo o processo ocorrido entre os dias 12 e 15 de setembro de 2005, documentado em um arquivo que materializou mais de 1400 páginas, bem menos do que o caso da indicação de Bork¹⁷⁹.

Uma diferença brutal deve ser desde já salientada. Enquanto nos Estados Unidos há a efetiva documentação e organização padronizada dos documentos produzidos nas sabinas dos postulantes a cargos de ministros, no Brasil há a total falta de padronização ou de produção de um documento sério e oficial.

São radicalmente diferentes os processos de “confirmação” do indicado ao Supremo Tribunal Federal e na Suprema Corte Americana, embora seja necessário mencionar que há em ambos a possibilidade de ocorrência de violência argumentativa, seja por (1) Anarquia Argumentativa, (2) Disputa Incivil e (3) Argumento *ad Terrorem*.

Os casos das indicações de Robert Bork e de Roberts são claras demonstrações de Violência Argumentativa, a partir das discussões empreendidas no presente *paper*, no primeiro caso pela copiosa argumentação *ad terrorem*, e no seguinte caso pela antevisão do “medo do coração do julgador”, ambos Republicanos, um aprovado e outro reprovado nos bancos da

¹⁷⁸ Tradução nossa do original: “I talked to Judge Roberts about this. Judge Roberts confessed that, unlike maybe professional politicians, it is not easy for him to talk about his values and his deeper feelings. That is not how he is trained. He did say he doesn't like bullies and has always viewed the law as a way of evening out the playing field between the strong and the weak.”. cfr: OBAMA, Barack. “Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text”, disponível em <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>, acesso em 02.07.2014.

¹⁷⁹ Cfr: Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, JR. to be Chief Justice of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred Ninth Congress, First Session, on S. J-109-37, September 12-15, 2005, 109rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 2005.



sabatina senatorial, vale dizer, em ambos os casos, mais propícios a comicidade do que seriedade na disputa seriamente comprometida com debates constitucionais.

No caso de Bork, o fato de ter sido honesto expressando de antemão suas opiniões, de maneira clara e aberta, parecem ter sugerido que ele se escondesse na mentira de argumentações que se fecham em si mesmas, como a expressão invocada por Lygia Fagundes Telles em seu discurso de posse na Academia Brasileira de Letras:

“O duro ofício de testemunhar um planeta enfermo nesta virada do século. Às vezes, o medo. Quando perseguido, o polvo se fecha nos tentáculos e solta uma tinta negra para que a água em redor fique turva e, assim, camuflado, ele possa então fugir. A negra tinta do medo. Viscosa, morna. Mas o escritor precisa se ver e ver o próximo na transparência da água. Tem de vencer o medo para escrever esse medo. E resgatar a palavra através do amor, a palavra que permanece como a negação da morte”¹⁸⁰

Robert aprendeu a lição, e indagado sobre pontos importantes, acerca do papel do magistrado, escondeu-se atrás de uma metáfora, passando a impressão de que seria um árbitro isento e imparcial, embora quando tenha sido posto à prova no caso Obamacare, tenha enganado o coração de Obama, e é possível também que somente tenha vencido o medo depois da posse, mas outros casos existem, e aqui não seria o local mais adequado para tal exploração argumentativa, quer seja pelo espaço, ou ainda pela temática restrita da sabatina no senado¹⁸¹.

Não analisamos um caso concreto do Brasil em razão de não haver uma reprovação do nome do indicado pelo senado em caso sob a vigência da Constituição de 1988, mas não colocamos o processo americano de escolha e deliberação como superior. Os dois são muito ruins, e o caso americano ainda comporta as alegações acima referidas.

¹⁸⁰ FAGUNDES TELLES, Lygia. Discurso de Posse na Academia Brasileira de Letras, como quarta ocupante da Cadeira nº 16, eleita em 24 de outubro de 1985, na sucessão de Pedro Calmon e recebida em 12 de maio de 1987 pelo acadêmico Eduardo Portella”, 12 de maio de 1987, disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=666&sid=194>>, acesso em 31 de julho de 2014.

¹⁸¹ Para uma ampla análise da Corte John Roberts, cfr: TUSHNET, Mark. In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court. New York: Norton, 2013.

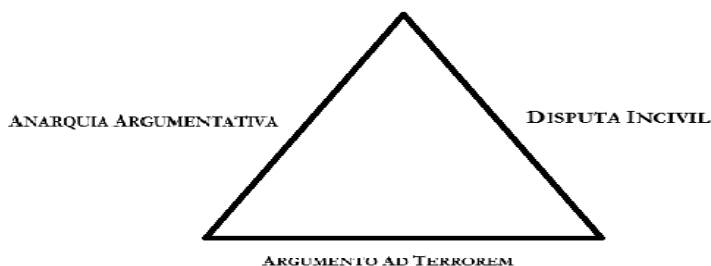


Examinemos agora os elementos não no processo de indicação, mas que representariam perigo a democracia monitória na própria tomada de decisões pelas Cortes Supremas, Superiores e Constitucionais.

3.2. Triângulo da Violência Argumentativa: Debates dos Julgadores e a Busca da Localização da Racionalidade.

Conforme mencionado no início, o “Triângulo da Violência Argumentativa” é composto por três vértices, especificamente: (1) Anarquia Argumentativa, (2) Disputa Incivil e (3) Argumento *ad Terrorem*, e em sua engenharia inicial, como figura de linguagem, significa uma decisão judicial proferida, neste caso, por um Tribunal Superior, Supremo ou Constitucional em que a confusão dos argumentos decorre da soma de três elementos: a) modelo deliberativo de tomada de decisão (*decision-making*), e, b) os próprios argumentos utilizados, c) bem como sobre a maneira como eles são utilizados.

*Triângulo da Violência Argumentativa*¹⁸²



Pelo que vimos de abordar, apenas não se mencionou expressamente durante o texto a questão da disputa incivil, o último dos vértices do triângulo, uma vez que anarquia argumentativa já foi abordada na análise sobre a dualidade *seriatin v. per curiam*, e os

¹⁸² A expressão, e a figura “Triângulo da Violência Argumentativa”, repita-se, foram inspirados na referência contida na nota n. 39, supra.



argumentos *ad terrorem* quando da indicação de membros para o tribunal, especialmente no caso de rejeição de Robert Bork e os efeitos negativos do medo causado em John Roberts que se refugiou em uma metáfora, referindo não enfrentar de maneira aberta a questão de sua visão sobre o papel do Juiz.

Propositalmente deixamos apenas um item sobre a questão de sua prática nas deliberações decisórias dos Tribunais, visando conferir maior liberdade argumentativa e auxiliar na explanação/compreensão dos argumentos. Falamos da disputa impregnada de incivildade, conhecida e debatida nos Estados Unidos desde a década de 1990 como “*Rambo Tactics*”, sustentando que pode ser usado não apenas pelas partes, mas pelos juízes, desembargadores e ministros de toda e qualquer causa.

A expressão remonta ao personagem cinematográfico “John Rambo”, o “exército de um homem só” (*one-man army*) que destruiu sozinho o exército vietnamita do norte e ainda destruiu um “império do mal” erigido no Afeganistão. E ele estaria de volta em um ambiente diferente, desta vez, nas Cortes judiciais, representando decepção, sujeira, intimidação e a total falta de civilidade na litigância processual, muito embora existam normas pregando a civilidade¹⁸³.

Há a presença de ataques *ad hominem*, - ofensas pessoais, que seriam bastante representativas pela consideração de que aqueles que possuem os fatos ao seu lado, alegam os fatos, e aqueles que possuem o direito, alegam o direito, mas aqueles que não possuem nem uma coisa e nem outra, gritam alto e batem na mesa, na expressão americana: “*pound the table and yell loud*”¹⁸⁴.

Como mencionado na alegação de disputa incivil no âmbito do “triângulo da violência”, como ameaça à democracia monitória, há disfarce pseudodemocrático, mas que os protagonistas das “guerras incivis” vivem segundo regramento próprio e elementar de conduta, praticando assassinatos contra civis inocentes, eles amputam as mãos e as genitais do

¹⁸³ KANNER, Gideon. Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts, Loy. L. A. L. Rev. 81 (1991), p. 81.

¹⁸⁴ KANNER, Gideon. Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts”, Loy. L. A. L. Rev. 81 (1991), p. 85-88.



“inimigo”, cortam suas línguas, e até encham suas bocas com pedras, forçando as vítimas a engoli-las, destruindo cemitérios, executando estupro contra mulheres, praticando o envenenamento ou a queimada de alimentos e da terra, derramando no solo o sangue das vítimas, garantindo que não houvessem expectadores inocentes, tratando cruelmente aqueles que viessem a pedir calma, garantindo que os violados e os violentos fossem profanados, com batismos de sangue, “tornados cúmplices de crimes malignos”¹⁸⁵.

As alegações acima podem ser transportadas, ainda que de maneira triste e metafórica, para as disputas incivis no caso da “violência argumentativa”. Observe-se a alegação de José Ignácio Botelho de Mesquita que opõe uma diferenciação entre o “processo civil” contra um “processo incivil”. Neste, a lei não importa, diz o autor, aliás, no mais das vezes a lei representa uma espécie de estorvo a ser posto de lado “enquanto os objetivos não são totalmente realizados, vencidas todas as resistências”, e se a lei for cumprida, ou não, para o processo incivil é apenas indiferente¹⁸⁶.

O “*Rambo litigator*” não está preocupado com argumentos (da maneira como mencionado, argumento é “elemento linguístico” pois se exterioriza por meio da linguagem, destinado à persuasão eficiente, em cuja eficiência se estabelece a necessidade de fazer com que o destinatário dos argumentos (quaisquer pessoas que os ouçam) creiam nas premissas e nas conclusões do retor, vale dizer, aquele que argumenta¹⁸⁷). O “*Rambo litigator*” está preocupado com os fins perseguidos, praticando a violência necessária para alcança-los, com a dose necessária de arbitrariedade que o permeia¹⁸⁸.

Aquele que pratica disputa incivil usa a rudeza como sua mais poderosa arma, mostrando desrespeito, como um sinal de “força contra a adversidade”¹⁸⁹, usando “táticas de

¹⁸⁵ KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*, trad. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010, p. 710.

¹⁸⁶ Cuida-se de publicação da última aula magna do referido professor da Universidade de São Paulo, no dia 01.06.2005 em virtude de sua aposentadoria. Cfr: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Processo Civil e Processo Incivil*, Revista de Processo, Vol. 131, 2006.

¹⁸⁷ GABRIEL RODRÍGUEZ, Víctor. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 23.

¹⁸⁸ ARENDT, Hanna. *Sobre a Violência*. Trad. André Duarte. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013), p. 18.

¹⁸⁹ MATHESON, Wendy. *Civility: Ten Litigadores to watch out for*, The Advocates Society Journal, Vol. 25, nº 1 (2005).



intimidação”, que pode até ficar bem no cinema, mas se autodestrói em um tribunal¹⁹⁰. Nos filmes, “Rambo” luta nas selvas com balas zunindo em seus ouvidos, mas no Direito, os “*Rambo Litigators*” da vida real invadem as salas dos tribunais gritando obscenidades, constrangendo demais juízes, partes e advogados, os tratando como inimigos, com o uso de linguagem verbal suja¹⁹¹.

Em certa medida, juristas em tribunais devem exercer o papel de pacificadores, evitando agir como heróis de cinema, *e.g.* Rambo, e procurando seguir o exemplo de quem sugeriu a quebra do ciclo interminável de insulto e retaliação, que leva a destruição mútua¹⁹². Civilidade é o ato de tratar outras pessoas com cortesia, dignidade e afabilidade, e conforme asseverado por Raymond Ripple, um dos componentes do problema da civilidade é que muitos integrantes das profissões jurídicas ficam confusos sobre o que significa o termo “civilidade”, e deve ser estimulada a prática e a aprendizagem do termo do lado de fora do furacão, mais especificamente nas faculdades de Direito¹⁹³. Há a lamentação expressa na frase de que infelizmente a argumentação tornou-se vencer ou vencer, impor um ponto de vista, a qualquer custo: “vencer não é qualquer coisa, é a única coisa”¹⁹⁴.

Somadas, argumentação *ad terrorem*, anarquia argumentativa e disputa incivil representam o pesadelo para qualquer processo, em que as razões devem ser claramente postas, para convencimento de quaisquer ouvintes, e juntos, ferem de morte a democracia monitória, representando a barbárie em sua mais vigorosa face.

¹⁹⁰ REAVLEY, Thomas. *Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics*, 17 *Pepp. L. Rev* 3 (1990), p. 637-655.

¹⁹¹ CARY, Jean. *Rambo Depositions: Controlling Ethical Cancer in Civil Litigation*, 25 *Hofstra L. Rev.* 561 (1996).

¹⁹² PERRIN, L. Timothy. *Lawyer as Peacemaker: A Christian Response to Rambo Litigation*, 32 *Pepp. L. Rev.* 2, (2005).

¹⁹³ RIPPLE, Raymond M. *Learning outside the Fire: The Need for Civility Instruction in Law School*, 15 *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y* 359 (2001).

¹⁹⁴ ASPEN, Marvin E. *The Search for Renewed Civility in Litigation*, 28 *Val. U.L. Rev.* 513 (1994).



4. Considerações Finais

A agenda decisória dos tribunais superiores, supremos e constitucionais deveria ser eleita em consenso, ou extremamente fiscalizada, monitorada pela população, já que é demasiado complexo falar-se em eleição popular dos juízes destas cortes, e os Magistrados do Tribunal não podem escolher quais casos julgar, pois estarão, como na observação de Richard Posner, decidindo um caso à frente do seu tempo¹⁹⁵.

Em uma democracia dita “monitória”, todas as decisões de manejo do poder devem ser alvo de escrutínio e vigilância, conforme essência do termo “monitorar”, mas é complicado pensar em tribunais como uma espécie de 3º turno das eleições¹⁹⁶, ou como o 33º Partido Político¹⁹⁷, com as complexidades daí advindas.

As alegações e pesquisas empreendidas, abordaram um novo e complexo tipo de democracia, chamada de “democracia monitória”, cuja existência é ameaçada pelos elementos constituintes do denominado “triângulo da violência”, constituído por “anarquia nuclear”, “terrorismo apocalíptico” e “guerra incivil”, e tais questões serviram de inspiração para o tratamento de uma igual ameaça para a democracia, por intermédio do “triângulo da violência argumentativa”, composto por “anarquia argumentativa”, “argumento *ad terrorem*” e por uma “disputa incivil”.

No que toca a anarquia argumentativa, os modelos de “*decision-making*” dos tribunais precisam ser refletidos na academia, sobre qual seria o modelo mais adequado, se o modelo de opinião da corte (*per curiam*) ou se o modelo em que cada julgador emite uma opinião (*seriatim*), e tais discussões devem observar a historicidade e os exemplos concretos de sua construção através do tempo, mais especificamente no caso brasileiro em que 15 ministros

¹⁹⁵ POSNER, Richard “Entrevista”, *The Court: a talk with judge Richard Posner*, by Eric J. Segall, *The New York Review*, pp. 47-49, September 29 (2011).

¹⁹⁶ A expressão “Terceiro Turno”, busquei no reflexivo livro de NOLETO, Mauro. *Terceiro Turno: crônicas da Jurisdição Eleitoral*. Imperatriz: ética, 2008.

¹⁹⁷ Conforme lista do site do TSE, acessado em 03.07.2014, temos atualmente 32 (trinta e dois) partidos políticos, sendo o registro mais antigo pertencente ao PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro, cujo deferimento se dera em 30.06.1981, e os registros mais recentes ao PROS – Partido Republicano da Ordem Nacional, e ao SD - Solidariedade, ambos com deferimento de registro em 24.09.2013. cfr: Brasil, Partidos Políticos registrados no TSE, disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>>, acesso em 02.07.2014.



foram aposentados compulsoriamente provavelmente por opiniões que emitiram em julgamentos, com a observação de que julgamentos da suprema corte americana podem esconder muitas questões obscuras que preservam os julgadores, mas podem abrigar acertos institucionais inconfessáveis.

A maneira pela qual os argumentos são lançados, igualmente deve observar a alta complexidade das “*rationis decidendis*”, com a necessidade de se discutir urgentemente, não apenas porque temos a possibilidade de chegar a 11 espécies distintas de razões de decidir, mas porque não temos como falar em jurisprudência, no máximo em maneira nativa de apreciar precedentes, conforme discutido no texto a partir do diálogo com Pierluigi Chiassoni, Jefferson Guedes, Edson Fachin e José Rodrigo Rodriguez.

Os argumentos *ad terrorem*, podem marcar a escolha e a disputa entre facções políticas para ingresso em tribunais, e conduzir a efeitos deletérios, como o incentivo de que os debates futuros, permeados pelo medo, se escondam atrás de metáforas pouco nítidas e com claro viés de fuga, como o famoso leão da montanha.

As disputas incivis, representadas na figura de “*Rambo litigators*”, discutido nos Estados Unidos desde a década de 1990, representam a bala de prata que se dirige ao coração da democracia, com trejeitos de violência e intimidação, a troca dos meios pelos fins, e pouco importa para esta figura a ordem dos fatores, causa isoladamente, e em conjunto com as demais figuras e vértices do triângulo, a maior ameaçada da democracia monitória.

5. Referências Bibliográficas

ALEXANDER, Larry. ‘Comigo, é tudo ou nada’: formalismo no direito e na moralidade. trans. Thalia Cerqueira, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, Editado por José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.



ALSTYNE, William W. Van. A Critical Guide to Marbury V. Madison, 18 Duke Law Journal 1-47, 1969.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Memória jurisprudencial: Ministro Evandro Lins. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ARAÚJO, António. A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional. *Análise Social, Quarta Série*, Vol. 30, No. 134 (1995).

ARENDR, Hanna. Sobre a Violência. Trans. André Duarte. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

ASPEN, Marvin E. The Search for Renewed Civility in Litigation”, 28 Val. U.L. Rev. 513 (1994)

BACHA, E. L. O rei da Belíndia: uma fábula para tecnocratas, in Bacha, E. L. Os mitos de uma década. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

BALEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal, Êsse Outro Desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOECHAT RODRIGUES, Lêda. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

_____. História do Supremo Tribunal Federal, Defesa das Liberdades Civas, Tomo I (1891-1898), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. História do Supremo Tribunal Federal, Defesa do Federalismo, Tomo II (1899-1910), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. História do Supremo Tribunal Federal, Doutrina Brasileira do Habeas Corpus, Tomo III (1910-1926), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. História do Supremo Tribunal Federal, Tomo IV, vol. I (1930-1963), 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.



BORK, Robert. Keeping a Republic: Overcoming the Corrupted Judiciary. Heritage Lectures, n 1147, (2008).

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Processo Civil e Processo Incivil. Revista de Processo, Vol. 131, 2006.

CABRAL RODRIGUES, Paulo César. Atos de Fala e Ideologia - A violência Linguística no Discurso da Revista Veja Sobre as Favelas. LLM diss., Universidade Estadual do Ceará, 2012.

CALMON, Pedro. O Rei filósofo: vida de D. Pedro II, edição ilustrada. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1938.

CALMON DE PASSOS, J. J. Revisitando o Direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal, em; J. J. Calmon de Passos, “Ensaio e Artigos, V. I”. Salvador: Juspodivm, 2014.

CARY, Jean. Rambo Depositions: Controlling Ethical Cancer in Civil Litigation”, 25 Hofstra L. Rev. 561 (1996).

CHAER, Márcio. Cobra Criada: Ministros dizem que jornalista fraudou reportagem. Consultor Jurídico, 17 de agosto de 2010, accessed July 2, 2014, <http://www.conjur.com.br/2010-ago-17/ministros-supremo-dizem-revista-fraudou-reportagem>.

CHIASSONI, Pierluigi. The Philosophy of Precedent: Conceptual Analysis and Rational Reconstruction. In: Bustamante, Thomas; Pulido, Carlos Bernal. On The Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III, Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

CHIRELSTEIN, Marvin A. Bork, Dworkin, and the Constitution, 17 Green Bag 2D 17, (2013).

CONFIRMATION HEARING on the Nomination of John G. Roberts, JR. to be Chief Justice of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One



Hundred Ninth Congress, First Session, on S. J-109-37, September 12-15, 2005, 109rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 2005.

DA SILVA, Virgílio Afonso; MOTTA FERRAZ, Octávio Luiz; COUTINHO, Diogo. A hora do Senado, Tendências e Debates, Jornal Folha de São Paulo, 30 de setembro de 2009, accessed July 2, 2014, <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz3009200909.htm>.

DREYFUSS, René Armand. 1964: A Conquista do Estado. Ação Política, Poder e Golpe de Classe, trans. Laboratório de Tradução da Faculdade de Letras da UFMG, Petrópolis: Vozes, 1981.

DWORKIN, Ronald. Bork Nomination. *The New York Review of Books*, Vol. 34, n. 13. (1987).

ELSTER, Jon. Juicios Salomónicos: Las limitaciones de la racionalidade como principio de decisión, trans. Carlos Gardini, Barcelona: gedisa editorial, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Entrevista. Texto temático sobre “Um País sem jurisprudência”, enviado por Luiz Edson Fachin para o Prof. Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota, para o SJA – Seminário Jurídico Avançado “Um País sem jurisprudência: Como decidem os Tribunais no Brasil?”, ocorrido no âmbito do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB, em Brasília, ocorrido de 28 à 31 de julho de 2014.

FAGUNDES TELLES, Lygia. Discurso de Posse na Academia Brasileira de Letras, como quarta ocupante da Cadeira nº 16, eleita em 24 de outubro de 1985, na sucessão de Pedro Calmon. 12 de maio de 1987, accessed July 31, 2014, <http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=666&sid=194>

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, Trans. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FISCHER, Judith D. Incivility in Lawyers’ Writing: Judicial Handling of Rambo Run Amok, *Washburn Law Journal* Vol. 51, (2001).

FUCK, Luciano Felício. *Memória jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.



GABRIEL RODRÍGUEZ, Víctor. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GALLOTTI, Luiz. [Discurso]. In: *Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal, 4., 1968, Brasília, realizada em 12 de dezembro de 1968: Discurso do Ministro Luiz Gallotti ao transmitir a presidência do Supremo Tribunal Federal*. *Diário da Justiça*, 16 dez. 1968.

_____. [Discurso]. In: *Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal, 1., 1969, Brasília, em 5 de fevereiro de 1969: homenagem aos Senhores Ministros Aposentados*. *Diário da Justiça*, p. 285-286, 6 fev. 1969.

_____. Pires e Albuquerque. In *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: Conferências e Estudos*, in: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto. *Universidade de Brasília 11 a 14 de setembro de 1978, coleção temas Brasileiros, vol. 25*. Brasília: Ed. UnB, 1982.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

_____. *A história do Direito entre Foices, Martelos e Togas: Brasil (1935-1965) - Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GUEDES, Jefferson Carús. *“Igualdade e Desigualdade: Introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014.

HAACK, Susan. *O Crescimento do significado e os limites do formalismo: perspectivas pragmatistas na Ciência e no Direito*, trans. Rachel Herdy, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*: Vol. 11: Iss. 1, (2004).

HOCHSCHILD, Adam S. *The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective*. *Journal of Law & Policy*, Vol. 4 (2000).



HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

HUNTINGTON, Samuel P. *Democracy's Third Wave*. *Journal of Democracy* vol. 2, n. 2 (1991).

KANNER, Gideon. *Welcome Home Rambo: High-Minded Ethics and Low-Down Tactics in the Courts*, *Loy. L. A. L. Rev.* 81 (1991).

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Memória jurisprudencial: Ministro Ribeiro da Costa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012.

KEANE, John. *Vida e Morte da Democracia*. trans. Clara Colotto. São Paulo: Edições 70, 2010.

_____. *The Origins of Monitory Democracy*. *The Conversation*, 24 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.theconversation.com/the-origins-of-monitory-democracy-9752>>, acesso em 08.07.2014.

_____. *The Triangle of Violence*. *New Statesman* - May 23, 2002, Disponível em: <http://johnkeane.net/wp-content/uploads/2011/01/triangle_of_violence.pdf>, acesso em 08.07.2014.

KENNEDY, Duncan. *Formalismo Jurídico*. trans. Sheila Stolz, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

LACERDA, Rodrigo. *A República das Abelhas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

Leal, Roger Stiefelmann. *Memória jurisprudencial: Ministro Oroszimbo Nonato*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos passos perdidos: Depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e FGV, 1997.

LUHMANN, Niklas. *A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*, *Revista da AJURIS* nº 49, jul./1990.

MAKLOUF CARVALHO, Luiz. *Data Venia, o Supremo*. *Revista Piauí*, Edição 47, Agosto de 2010.

_____. *O Supremo, quousque tandem?*. *Revista Piauí*, Edição 48, Setembro de 2010.



MARRAFON, Marco Aurélio. Constituição e Poder: Quadro Mental Paranóico não pode imperar na solução de casos jurídicos. Conjur de 14 de julho de 2014.

MARGOLICK, David; PERETZ, Evangelina; SHNAYERSON, Michael. Vanity Fair: The Path to Florida. Truthout, December 16, 2004, Last modified on Monday, April 21, 2008, accessed July 2, 2014, <http://www.truth-out.org/archive/component/k2/item/51281:vanity-fair--the-path-to-florida>.

MARKHAM, James. Against Individually Signed Judicial Opinions. Duke Law Journal, vol. 56, (2006).

MARTINS, Rui Cunha. O ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

MATHESON, Wendy. Civility: Ten Litigadores to watch out for”, The Advocates Society Journal, Vol. 25, nº 1 (2005)

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Memória jurisprudencial: Ministro Castro Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MITIDIÉRO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da jurisprudência ao Precedente. São Paulo: RT, 2013.

MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions, American Bar Association Journal, Vol. 38, Nº. 10 (October 1952).

MÓSCA, Hugo. O Supremo Tribunal, Ontem e Hoje, 2ª ed. Brasília: Edição do Autor, 2001.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOLETO, Mauro. Terceiro Turno: crônicas da Jurisdição Eleitoral. Imperatriz: ética, 2008.

_____. Memória jurisprudencial: Ministro Epitácio Pessoa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

NOMINATION OF ROBERT H. BORK to be associate justice of the Supreme Court of the United States: Hearings Before the Committee on the Judiciary United States Senate, One Hundred



Congress, First Session, on S. J-100-64, Nomination of Robert H. Bork to be associate justice of the Supreme Court of the United States, September 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 28, 29 and 30, 1987, 100rd Cong. Washington, D.C.: United States Government Printing Office, 1989.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Julgamento do STF e perda de mandato parlamentar, Blog do Professor Amaury, Disponível em: <<http://professoramaury.blogspot.com.br/2012/12/julgamento-do-stf-e-perda-de-mandato.html>>, acesso em 2.07.2014.

OBAMA, Barack. Confirmation of Judge John Roberts: Confirmations Remarks of Senator Barack Obama Confirmation of Judge John Roberts Complete Text, disponível em: <<http://obamaspeeches.com/031-Confirmation-of-Judge-John-Roberts-Obama-Speech.htm>>, acesso em 02.07.2014.

ORWELL, George. You and the Atom bomb, Tribune, October 19, 1945, disponível em: <http://orwell.ru/library/articles/ABomb/english/e_abomb>, acesso em 02.07.2014.

PERRIN, L. Timothy. Lawyer as Peacemaker: A Christian Response to Rambo Litigation, 32Pepp. L. Rev. 2, (2005).

PIRES E ALBUQUERQUE, A. Culpa e Castigo de um Magistrado, 3ª ed. Rio de Janeiro: HUNOS, 1972.

_____. Culpa e Castigo de um Magistrado, 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Gráficas do Senado Federal, 1932.

POGREBINSCHI, T. Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

POSNER, Richard. The Court: A Talk with Judge Richard Posner, by Eric Segall. The New York Review of Books, September 29, 2011, Vol. 58, n 14. (2011).

RASKIN, Jamie. Borking America: What Robert Bork Will Mean for the Supreme Court and American Justice. Washington: People For the American Way, 2012.



REAVLEY, Thomas. Rambo Litigators: Pitting Aggressive Tactics Against Legal Ethics”, 17 Pepp. L. Rev 3 (1990)

RIPPLE, Raymond M. Learning outside the Fire: The Need for Civility Instruction in Law School”, 15 Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y 359 (2001)

ROCHA LIMA, Thiago Asfor. Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FVG, 2013.

_____. O Direito Liberal para além de si mesmo: Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. Phd diss., Departamento de Filosofia do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, 2006.

ROSE, Winfield H. Marbury v. Madison: How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution. Political Science & Politics, pp.209-214, apr. 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARTORI, Giovanni. Teoria Democrática. Trans. Francisco Rocha Filho e Oswaldo Blois. São Paulo/Lisboa: Editora Fundo de Cultura, 1965.

SARAMAGO, José. Democracia e Universidade. Lisboa/Pará: Fundação José Saramago/Ed. UFPA, 2013.

SCHAUER, Frederick. Formalismo, trans. Diego Arguelhes, Fábio Shecaira e Noel Struchiner, in A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

SHELPER, Lochlan F. Special Juries in the Supreme Court, The Yale Law Journal 123 (2013).

SOMIN, Ilya. The Borkean Dilema: Robert Bork and the Tension between Originalism and Democracy. The University of Chicago Law Review Dialogue, vol. 80, (2013).



SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional Como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOSA WAGNER, Francisco. *Juristas y enseñanzas alemanas I 1945-1975: com lecciones para la España actual*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

STEWART, David O. *A Chorus of Voices*, *American Bar Association Journal*, vol. 77, nº 50, (1991).

STRECK, Lênio Luiz. *O Ativismo e a Judicialização: De Como os Números Podem Velar o Fenômeno*, in *Novo Constitucionalismo Latino-Americano: O Debate sobre novos sistemas de Justiça, Ativismo Judicial e Formação de Juízes*, ed. José Luis Bolzan de Moraes e Flaviane de Magalhães Barros, 144-155. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SUMERS, Robert. *O Caráter formal do Direito*, trans. Manoel Trindade, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUSTEIN, Cass. *Deve o formalismo ser defendido empiricamente?* trans. Felipe Douverny, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAMANAH, Brian. *“Como uma visão instrumental do direito corrói o Estado de Direito”*, trans. Thalia Simões e Rubens Glezer, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Gonçalo M. *Breves notas sobre o poder*. In *Granta*, nº. 2, Poder. Lisboa: Tinta da China Edições, 2013.

TUSHNET, Mark. *In the Balance: Law and Politics on the Roberts Court*. New York: Norton & Company 70, 2013.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Memória jurisprudencial: Ministro Hahnemann Guimarães*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

VESPAZIANI, Alberto. *Towards a Hermeneutical Approach to Legal Metaphor*, Editado por Thomas Bustamante e Oche Onazi. *“Human Rights, Language and Law. Proceedings of the 24th*



World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy”, Beijing, 2009, vol. II, Edited by Thomas Bustamante and Oche Onazi. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2012.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review, trans. Adauto Villela, in Legitimidade da Jurisdição Constitucional, ed. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review, *The Yale Law Journal* 115 (2006) 1346-1406.

WEINRIB, Ernest. A teoria do formalismo jurídico, trans. Catarina Barbieri, in *A Justificação do Formalismo Jurídico: textos em debate*, edited by José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2011.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e Instituições Superiores de Controle no Brasil, *RDA - Revista de Direito Administrativo* 209, 2013.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *The Brethren: Inside the Supreme Court*. New York: Simon and Schuster, 1979.

YOO, John. Taming Judicial Activism: Judge Robert Bork’s Coercing Virtue, *80 U Chi L Rev Dialogue* 257 (2013).



Consideraciones epistemológicas respecto del resguardo cautelar de la prueba

(Epistemological considerations on provisional measures to secure evidence)

Adrián Polanco Polanco

Professor at Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico, Mexico.

Practicing Lawyer

“Proclamo en voz alta la libertad de pensamiento y muera el que no piense como yo”

Voltaire

Sumario: I. Nota Introductoria. II. Planteamiento del problema. III. Aproximación inicial a la figura resguardo cautelar probatorio. IV. Vicisitudes epistemológicas del resguardo cautelar probatorio. V. Conclusiones. VI.- Bibliografía.

Resumen: El resguardo cautelar de los medios probatorios, es una figura jurídica que surge desde el periodo de las acciones de la ley del Derecho Romano, pero en la actualidad, esta figura, ha adquirido un tinte autoritario, que violenta los derechos fundamentales de contradicción, audiencia y defensa, este parangón legislativo, se debe a justificaciones extra legales, que pretenden la justicia y la paz social, es decir el utilitarismo del Derecho, con el que se pretende proporcionar una legalidad, completamente falaz.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Garantismo. Vigencia. Razonabilidad procesal. Debido proceso.



Abstract: The precautionary shelter save of the evidence is a legal concept that arises from the time of the actions of the law of the Roman law, but today, this figure has acquired an authoritarian dye, which violates the fundamental rights of contradiction, audience and defense, this legislative unparalleled, due to extra-legal justifications that seek social justice and peace, ie utilitarianism of law, with which it is intended to provide legal, completely fallacious.

Keywords: Fundamental rights. Guarantees. Validity. Procedural fairness. Due process.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Para poder analizar la figura Jurídica de la prueba anticipada o resguardo cautelar de la prueba en el Derecho Procesal, es necesario señalar en primer lugar, que la palabra prueba, tienen muy diversos significados en su aplicación práctica y dogmática; en segundo lugar, resulta claro que el estudio de la figura jurídica de la prueba en el Derecho Procesal, se limita a un simple repertorio de temas no unificados aún del todo.

En este ensayo vamos a seguir un método *epistémico de simplificación*, en el cual tratare de descifrar qué clase de reglas procesales y probatorias se pueden emplear para satisfacer el cumplimiento de los derechos fundamentales de las partes que interviene en un proceso. Posteriormente con el resultado de dicho análisis se comparara el sistema vigente de reglas y procedimientos con el sistema hipotético construido, siempre usando el método axiomático considerado como óptimo desde el punto de vista del garantismo, con el cual se esbozará una hipótesis aplicada al aspecto procedimental, es decir un modelo elemental que sirva de guía para el razonamiento judicial empleado en el momento de practicar el resguardo cautelar de la prueba, es por ello que tomaremos en cuenta en campo probatorio y sus aspectos de validez y vigencia de las normas, conforme al paradigma del Estado constitucional de derecho democrático, que existe en la actualidad, en toda su variedad y desorden, a continuación, se propondrá un modelo unificador que permita la aplicación fáctica y respetuosa de los derechos fundamentales de la



valoración de los medios de prueba, teniendo siempre como faro, la validez lógico formal de la decisión procesal, mismas que se convierten en fuente de legitimidad de la actividad jurisdiccional, asimismo empleare la *contrastación deductiva de teorías*, para poder determinar la falsabilidad de nuestras conclusiones obtenidas por el procedimiento anterior, es decir, el respeto de los derechos fundamentales en el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, con base a una relación comunicativa, sistémica y auto determinante, en virtud de su propia clausura operativa, considerando que con ello se permite sentar las bases de una teoría probatoria integral y epistémica, para ello, debemos en primer lugar, extraer conclusiones de los muy diversos estudios hechos de la prueba forense, por medio de la deducción lógica, estas conclusiones iniciales serán comparadas entre sí y con otros enunciados pertinentes, como lo son las diversas teorías que han tratado de explicar nuestro tema tratado desde el enfoque argumentativo del Derecho, con el sólo objeto de hallar las relaciones lógicas que existan entre ellas, para ello seguiremos el siguiente procedimiento: a) la comparación lógica de las conclusiones unas con otras, realizando un contraste de la coherencia interna del sistema. b) el estudio en forma lógica de la teoría, con el objeto de determinar su carácter, como teoría empírica, c) enseguida realizaremos la comparación con otras teorías, para poder determinar si la teoría propuesta constituye un avance científico, y d) por último contrastamos de modo empírico las conclusiones que pueden deducirse de ella, de este modo se permitirá descubrir hasta qué punto las nuevas conclusiones propuestas, satisfacen los requerimientos de la práctica.

Con base en el procedimiento indicado, se pretende realizar una correcta demarcación de nuestro objeto de estudio, que permita proporcionar un criterio que distinga entre las ciencias empíricas y los sistemas metafísicos, para ello emplearemos a la falsabilidad como criterio de demarcación.

La pregunta que se pretende contestar con estas consideraciones teóricas, ha inquietado el pensamiento procesal a lo largo de siglos, es decir, ¿El trato actual que se le brinda al resguardo cautelar de las pruebas, respeta los derechos fundamentales consagrados por todas las



constituciones políticas modernas, de los Estados democráticos? Esta interrogante ha sido motivo de los más diversos estudios y a su vez de las más contradictorias respuestas.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente, existe un innegable vacío entre los últimos desarrollos de la ciencia procesal y el grupo de hombres que debía aprovecharla, es decir, vemos que la doctrina sigue cometiendo los viejos errores, el proceso penal sigue siendo la cenicienta del derecho, el proceso administrativo, divorciado del proceso civil, el proceso laboral, sigue sin volverse clínico, escudándose en la sencillez del mismo, el proceso civil, estancado en doctrinas con más de 80 años de antigüedad; las nociones primitivas y harto superadas de contienda y conflicto de intereses, son la base de todo proceso jurisdiccional de cognición contencioso, que se realice, aunado a la conciencia ingenua y al subconsciente de los juristas, que usan como muletilla pseudocientífica, frases sacramentales que perturba todo conocimiento cabal del proceso, la acción sigue concibiéndose como actividad, a más de siglo y medio de saberla que es una facultad, la jurisdicción contenciosa, mantiene un decoroso ostracismo, se habla de obligaciones procesales como si existieran, se nota un estancamiento de la ciencia procesal, que trae como resultado que se revivan teorías que se pensaban superadas, para regularla nuevamente, se deja de hablar de proceso, y regresamos al procedimiento, o peor aun al juicio, ya no se elaboran sistemas procesales, ni tratados respecto la teoría del proceso.

Parece que la gran doctrina del proceso se ha detenido, las ideas de Carnelutti, Chiovenda, Calamandrei, mismas que siguen siendo utilizadas, y enseñadas, para explicar el proceso, pero se utilizan de igual manera los errores en ellas contenidas.

El aspecto dogmático de la prueba en el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, es un tema que ya no se discute, no se escribe sobre él, se repite una y otra y otra vez, lo mismo: “la prueba es el alma del proceso”, “la prueba tiene como objeto encontrar la verdad”, “valorados los medios probatorios en su conjuntos y de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia jurídica se llega a la siguiente conclusión:...” parece que no importa saber que es la



prueba en el Derecho Procesal, y mucho menos que es esa figura del reguardo cautelar de los medios de prueba y la idea filosófica y política que tienen dicho instituto; a los estudiantes no les interesa saber qué es el proceso, sino únicamente cómo se hace el mismo, a los juzgadores no les importa, la naturaleza de la relación que surge entre él, y las partes, sino aplicar justicia, encontrar la verdad, o lo que es realmente importante para el órgano jurisdiccional dictar la sentencia (o si es posible no llegar a dictarla) y descargar el trabajo de su juzgado, a las partes, no les motiva buscar la verdad, sino que condenen a su contraparte, los doctrinarios ya no les llama la atención, escribir sobre la prueba forense y la epistemología jurídica, incluso se señala de modo indebido que ya está todo dicho.

Al no entender la naturaleza epistémica de la prueba en materia procesal, se reglamenta mal, poniendo parches legales y regresando a errores que ya se han cometido, se habla de volver orales, a los procesos, o de hacerlos en línea, de realizar tutelas jurisdiccionales urgentes, pero se pierde de vista el objeto del proceso, y se piensa que con una reforma legislativa se puede acabar con los problemas facticos del procedimiento probatorio, en la práctica cada juzgador hace su propio proceso, por los poderes discrecionales que les conceden las normas procesales, cada parte interpreta las normas procesales a su gusto para justificar su pretensión, el derecho probatorio es un tópico procesal que ya no se estudia, todo se resuelve con formatos preestablecidos e inmutables, las pruebas se valoran de modo indebido, pero de acuerdo al sistema de libre apreciación, sin importar realmente los estándares de prueba que existen en el Derecho.

Parece ser que no se ha entendido que el Derecho es complicado, complejo y sistémico, estas líneas pretenden sentar las bases de una naturaleza del proceso, como comunicativa, autopoietica, para lo cual, estableceremos la clausura operativa que permita su autodeterminación, situación que pretende ser de utilidad para la ciencia procesal, y a su vez para los impartidores de justicia y la sociedad, por cuanto se refiere a la pretensiones de validez de las pruebas procesales.



III. APROXIMACIÓN INICIAL A LA FIGURA RESGUARDO CAUTELAR PROBATORIO

El resguardo cautelar de los medios de confirmación en materia civil, es el objeto de análisis de este apartado, para lo cual enfocare el análisis en el sistema normativo positivo mexicano, realizando una breve referencia a la terminología empleada en el ámbito internacional, seguido de el mismo estudio realizado en las normas procesales civiles y mercantiles así como algunos aspectos jurisprudenciales, vigentes en la republica mexicana, pero antes de realizar el análisis de la norma vigente, estableceré la evolución de la figura en los antecedentes históricos nacionales, para poder comprender cabalmente la figura.

El tema de estudio ha sido motivo de los más diversos y contradictorios análisis, en la mayoría de los códigos procesales civiles, se les ha denominado de diversas maneras como diligencias preliminares¹, en el título de las pruebas, bajo el rubro de pruebas anticipadas², retardo judicial³, o medidas cautelares⁴, por cuanto hace al sistema del *civil law*.

Por otro lado en el sistema del *common law*, nuevamente cambia la denominación de la figura estudiada y el procedimiento para obtenerla refiriéndose como *discovery*⁵, en la etapa del *pre trial*⁶, del proceso civil federal de los Estados Unidos de Norte América.

Además en el sistema socialista se les da la denominación de los actos preparatorios⁷, en el en el apartado de proceso de conocimiento.

¹ Véase por ejemplo artículo 326 del Código Procesal Civil Y Comercial de la Nación (Argentina); artículo 98 Código Procesal Civil y Mercantil (Guatemala); artículo 306 Código General del Proceso (Uruguay); artículo 273 Código de Procedimiento Civil (Chile).

² Véase artículo 294 Código de Procedimiento Civil (Colombia); artículo 270 Código Procesal Civil (Paraguay); artículo 284 Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (Perú); artículo 293 Ley de Enjuiciamiento Civil (España), en esta norma se indica la practica contradictoria de la prueba anticipada siempre con citación de contraparte.

³ Véase por ejemplo artículo 813 del Código de Procedimiento Civil (Venezuela), es importante recalcar que en este ordenamiento expresamente se señala que la prueba confesional no se puede tramitar por este procedimiento especial.

⁴ Artículo 245 Código Procesal Civil (Costa rica); artículo 374 *Codice di Procedura Civile* (Italia).

⁵ *Rule 26 Federal Rules of Civil Procedure*.

⁶ Es un procedimiento conocido en los países de *common law*, que cubre pedidos de pruebas requeridos después de iniciada la acción pero antes de la audiencia final que resuelve sobre el fondo del asunto

⁷ Artículo 216 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (Republica de Cuba).



En el ámbito internacional público se denomina como obtención de pruebas por funcionarios diplomáticos o consulares y por comisarios⁸, mediante el empleo de carta rogatoria⁹, esta terminología es empleada por la Conferencia de la Haya¹⁰.

Como es común en el Derecho Procesal, se usa por el legislador diversos nombres para designar al mismo fenómeno jurídico, todos los términos que he señalado solo de modo ejemplificativo, pretender regular la misma figura.

Lo mismo ocurre en México, de los 31 Estados soberanos que conforman la república mexicana 24 de ellos¹¹ y un Distrito Federal¹², es decir en 25 códigos de procedimientos civiles locales, se emplea el termino de *actos prejudiciales* para reglamentar esta figura, sin embargo en el Código Federal de Procedimientos Civiles¹³, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato¹⁴ la misma figura está reglamentada en el titulo correspondiente a las *medidas preparatorias*, el Código de Comercio¹⁵, Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México,¹⁶ del mismo modo el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nayarit¹⁷ emplean el termino *medios preparatorios del juicio*, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de

⁸ Artículo 15 del Convenio sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

⁹ Artículo 1 y muy especialmente el artículo 3 del Convenio sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

¹⁰ La Conferencia de La Haya tiene actualmente 77 Miembros: 76 Estados y 1 Organización Regional de Integración Económica, información tomada de la página oficial del organismo internacional: <http://www.hcch.net/>

¹¹ Aguascalientes: Título Quinto, Capítulo Primero; Baja California: Título Quinto, Capítulo Primero; Baja California Sur: Título Quinto, Capítulo Primero; Campeche: Título Quinto, Capítulo Primero; Colima: Título Quinto, Capítulo I, Chiapas: Título Quinto, Capítulo I, Chihuahua: Título Quinto, Capítulo I, Durango: Título Quinto, Capítulo I, Hidalgo: Título Quinto, Capítulo I, Jalisco: Título Quinto, Capítulo I, Michoacán: Título Cuarto, Capítulo I, Morelos: Título Sexto, Capítulo I, Nuevo León: Título Sexto, Capítulo I, Oaxaca: Título Quinto, Capítulo I, Querétaro: Título Quinto, Capítulo I, Quintana roo: Título Quinto, Capítulo I, San Luis Potosí: Título Quinto, Capítulo I, Sinaloa: Título Quinto, Capítulo I, Sonora: Título Quinto, Capítulo I, Tamaulipas: Título Sexto, Capítulo I, Tlaxcala: Título I, Capítulo I, Veracruz: Título Quinto, Capítulo I, Yucatán: Título Cuarto, Capítulo I, Zacatecas: Título Quinto, Capítulo I.

¹² Título Quinto, Capítulo I.

¹³ Título Cuarto, Capítulo Único.

¹⁴ Título Cuarto, Capítulo Único.

¹⁵ Título Primero, Capítulo X.

¹⁶ Título Segundo, Capítulo I

¹⁷ Título Cuarto, Capítulo I



Coahuila los denomina como *Formas de preparar el proceso*¹⁸, también se emplea el termino *actos preparatorios al juicio*¹⁹

Resulta claro que no existe uniformidad en la denominación de la institución analizada, y por consecuente encontramos reglamentaciones de las más diversas, esta situación complica mucho la determinación y alcances del resguardo cautelar de la prueba.

Es necesario analizar la evolución de esta figura en el ordenamiento mexicano, para poder entender su actual reglamentación.

Los actos prejudiciales o procedimientos auxiliares del proceso, tienen su origen en las acciones del derecho romano, donde existió la figura de la *ad exhibendum*²⁰, esta acción simplemente preparatoria, tenía como finalidad que el demandado exhibiera ante el juez la cosa respecto la cual recae la pretensión del actor, para identificarla de modo adecuado, así como preparar las pruebas respectivas, de igual modo correspondía a los legatarios cuando existía en el testamento disposición de escoger respecto la masa hereditaria su legado, es decir correspondía esta acción a cualquier persona que tuviera interés o derecho en la cosa pretendida.

En virtud de este lejano antecedente que se encuentra en las propias leyes españolas que tuvieron aplicación por más de tres siglos²¹ en el territorio mexicano, por lo cual en el periodo de 1821 a 1872²² se habla de actos perjudiciales.

...que tenían lugar en tres casos: cuando alguien pretendía ser declarado libre y no esclavo de otro, o este se declarara ingenuo y no liberto o aforado de otro o viceversa, y cuando entre el marido y la mujer o entre el padre y el hijo se discutía si

¹⁸ Título Segundo, Capítulo Primero.

¹⁹ Título Primero, Capítulo Primero, Código Procesal Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero, Capítulo Cuarto, Sección Primera, Código Procesal Civil del Estado Libre y Soberano de Puebla, Título Primero Capítulo Primero, Código Procesal Civil del Estado Libre y Soberano de Tabasco.

²⁰ Confróntese con BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El Juicio Ordinario Civil (doctrina, legislación y jurisprudencia mexicanas)* México, Trillas, 1975. T.I. pp.28- 29.

²¹ 1521 a 1821, periodo del virreinato de España en México.

²² Confróntese BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 14, pp.28- 29.



uno era o no hijo del matrimonio, en cuyo caso se percibía el perjuicio que producía la decisión a los que no litigaban.²³

Esta reglamentación española contemplada en las siete partidas, seguía vigente en México, a pesar de la independencia ya consumada, se les dio el nombre de actos perjudiciales, toda vez, que el resultado de ellos perjudicaba al objeto pretendido, en este caso, un esclavo, un hijo ilegítimo.

La denominación de actos perjudiciales, duro hasta 1871, fecha en la que se expide el primer código distrital mexicano, con este código se inicia el movimiento procesal mexicano, ya que a través de él se derogaron las normas españolas que se aplicaban hasta ese momento; en dicho ordenamiento se reglamentó del siguiente modo:

El título V se llamó de los actos perjudiciales y comprendió materias que hoy han pasado a otros sectores, pero también algunas que se han mantenido con especial referencia a la preliminaridad procedimental. El capítulo I se refirió a la habilitación para litigar por causa de pobreza²⁴, el II a la conciliación, el III a los medios preparatorios del juicio ordinario, el IV a los medios preparatorios del juicio ejecutivo, el V a las providencias precautorias, y el VI a las informaciones *ad perpetuam*.²⁵

El segundo código distrital de 1880, reproducen los procedimientos anteriores, pero incorpora la anticipación de la prueba testimonial cuando existiera urgencia de ello a criterio del juez y fueran necesarios dichos testimonios para sostener la acción, de igual modo se reglamentó el reconocimiento de documentos que justificaran las pretensiones del actor, pero se estableció de modo claro que como en el proceso ordinario el reconocimiento de documentos se puede hacer en el plazo probatorio, el demandado podía rehusarse a dicho reconocimiento, sin que ello de significare perjuicio alguno, no existía recurso alguno contra la determinación judicial que autorizara la diligencia precautoria, pero procedía el recurso de apelación contra la negativa del

²³ BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 14, p. 29.

²⁴ Figura el día de hoy por completo derogada del sistema normativo mexicano, incluso resulta incomprensible para el grueso de los estudiosos de la norma mexicana, en virtud de la prohibición constitucional expresa del cobro de costas judiciales (artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)

²⁵ BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 14, p. 29.



juzgador, se establece que se debe citar a la contraparte a la práctica de las diligencias, y ante su rebeldía dar representación al Ministerio Público, tratándose del caso de exhibir cosas, si existiere la negativa de la exhibición por la parte requerida, se tramitara incidente donde se expongan las causas de la negativa y sus pruebas, con vista a la contraparte, para el caso del juicio ejecutivo se estableció de la confesión fuera siempre expresa y voluntaria prohibiéndose el apercibimiento de citar a ella con el apercibimiento de dar con confeso al que no compareciera, lo mismo ocurría con el reconocimiento de documento privado.²⁶

El código de 1884, estableció los parámetros de lo que se convertiría en la actual reglamentación de la figura, el primer cambio significativo se encuentra en la preparación del juicio ejecutivo mercantil, ya que este código estableció que se daría por reconocido el documento siempre que citado dos veces no compareciere o requerido dos veces en la diligencia no contestare si la firma es suya o no, este es un primer cambio en la filosofía de los medios ya que como establecimos en el código anterior se prohibía expresamente esta circunstancia.

El proceso ordinario tenía los siguientes medios preparatorios:

...1. La declaración bajo protesta del futuro demandado, acerca de algún hecho relativo a su personalidad; 2. La exhibición de cosa mueble que sería objeto de pretensión real; 3. La exhibición de las cosas cuando el legatario o cualquier otro sujeto tuvieran derecho a elegir una o más; 4. La exhibición del testamento, solicitud que debe hacerla quien se creyere heredero, coheredero o legatario; 5. La exhibición de títulos u otros documentos que se refieran a la cosa vendida, a petición del comprador o del vendedor en caso de evicción (y aquí se olvidaron las consideraciones hechas por la Comisión del anterior código, en el sentido de que el vendedor no podía demandar al comprador en esta hipótesis); 6. La presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, al consocio o condueño que las tuviere en su poder (art. 305), a petición de un socio o comunero.

²⁶ Confróntese BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 14, p. 31.



Después se agregó la preparación por medio de testigos en casos de edad avanzada, en peligro de muerte o proximidad de ausentarse a un lugar con el que fueran morosas o difíciles las comunicaciones, si no podía deducirse la pretensión por depender de un plazo o condición no cumplidos (art. 306) lo mismo se dijo para probar una defensa (art. 307).²⁷

Todas las diligencias mencionada era indispensable practicarlas con citación de la parte contraria a quien se le correría traslado de la solicitud y quien podía intervenir en las diligencias, pudiendo incluso tachar testigos si lo consideraba pertinente.

Esta forma de reglamentar la figura en estudio se sigue aplicando con diversos nombres, pero siempre como procedimientos auxiliares del proceso de conocimiento. Es así que llegamos a los códigos procesales vigentes aplicables en México, refiriéndonos en este apartado solamente al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio, también de aplicación federal, así como al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación local para la capital de la Republica Mexicana, en virtud que como hemos indicado la mayoría de los códigos diversos códigos estatales, siguen alguna de estas tres reglamentaciones.

En el Código Federal de Procedimientos Civiles Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1934 (en vigor a partir de 1 de octubre de 1934), reglamenta de la siguiente manera:

Para el proceso ordinario civil.

...TITULO CUARTO

CAPITULO ÚNICO

Medidas preparatorias, de aseguramiento y precautorias

ARTÍCULO 379.- Cuando una parte requiera indispensablemente, para entablar una demanda la inspección de determinadas cosas, documentos, libros o

²⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 14, p. 31.



papeles, la autoridad judicial puede decretar su exhibición, previa comprobación del derecho con que se pide la medida y de la necesidad de la misma.

ARTICULO 380.- Si la persona de quien se pide la exhibición se opusiere a ella, se substanciará su oposición por el procedimiento incidental.

ARTICULO 381.- En caso de incumplimiento de la persona obligada a la exhibición, sea que se haya opuesto y no haya prosperado su oposición o que no haya habido ésta, el tribunal hará uso de los medios de apremio para hacer cumplir su determinación.

ARTICULO 382.- La resolución que conceda o niegue la medida es apelable.

ARTICULO 383.- La solicitud de exhibición interrumpe la prescripción de la acción, siempre que se presente la demanda correspondiente dentro de los cinco días siguientes al en que se efectúe la exhibición, o dentro de los cinco siguientes al en que judicialmente conste que aquélla no puede efectuarse.

ARTICULO 384.- Antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente. Estas medidas se decretarán sin audiencia de la contraparte, y no admitirán recurso alguno. La resolución que niegue la medida es apelable.

ARTÍCULO 385.- La parte que tenga interés en que se modifique la situación de hecho existente, deberá proponer su demanda ante la autoridad competente.

ARTICULO 386.- Cuando la mantención de los hechos en el estado que guarden entrañe la suspensión de una obra, de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato, la demanda debe ser propuesta por la parte que solicitó la medida, dentro del plazo de cinco días, contados a partir de la fecha en que se haya ordenado la suspensión.

El hecho de no interponer la demanda dentro del plazo indicado, deja sin efecto la medida.



ARTICULO 387.- En todo caso en que la mantención de las cosas en el estado que guarden pueda causar daño o perjuicio a persona distinta de la que solicite la medida, se exigirá, previamente, garantía bastante para asegurar su pago, a juicio del tribunal que la decreta.

ARTICULO 388.- La determinación que ordene que se mantengan las cosas en el estado que guarden al dictarse la medida, no prejuzga sobre la legalidad de la situación que se mantiene, ni sobre los derechos o responsabilidades del que la solicita....

Es interesante que en el Código Federal de Procedimientos Civiles, no se reglamentan como pruebas anticipadas o medios preparatorios al proceso, la confesión, el reconocimiento, la testimonial y la pericial, por considerar que dichas probanzas pueden desarrollarse con total oportunidad en el desarrollo del proceso ordinario respectivo, con lo cual de acuerdo a los antecedentes históricos nacionales, referidos, el legislador considero que no es permitido para el proceso ordinario civil federal, dichos medios probatorios, porque se violenta el derecho al contradictorio del posible demandado.

Es así que este ordenamiento federal contempla únicamente a la inspección judicial, que se deberá hacer en el tribunal, en este supuesto la persona obligada a exhibir cosas, documentos, libros o papeles, puede oponerse a ello, tramitando el incidente respectivo, de este modo se ve que la determinación judicial puede ser objetada, por la parte que se ve afectada en sus derechos o posesiones, todo esto de acuerdo con el derecho a contradecir.

Otro aspecto muy peculiar de este código es que la resolución que concede o niega la medida en donde se solicita la exhibición de cosas, es apelable, lo cual proporciona tanto a quien solicita dicho acto, así como quien va a resentir y sufrir la medida propuesta, consagrando la igualdad de las partes.

Los requisitos para ordenar esta exhibición son de acuerdo con la ley son dos:

- a) Previa comprobación del derecho con que se pide la medida



b) De la necesidad de la misma

Estos requisitos son los mismos que vienen reglamentándose desde siempre por nuestros códigos procesales, ahora bien estos términos son tan abstractos que no permiten su debida interpretación ocasionando dos problemas el primero hermenéutico²⁸ y el segundo de carácter epistémico.

Estos requisitos son pedidos por todos los códigos procesales a veces con otros nombres, pero siempre empleando los términos ambiguos, por tal motivo en los siguientes códigos analizados no se mencionaran dejando su desarrollo para el apartado respectivo.

Del mismo modo por lo que se refiere a los medios preparatorios del proceso ejecutivo civil²⁹, se reglamenta por este código del siguiente modo:

...ARTICULO 408.- El reconocimiento sólo puede pedirse de la persona obligada, del albacea de su sucesión, del representante legítimo del obligado, del representante de un ausente o ignorado, del gerente, presidente o director de una sociedad o asociación, del que lleve la firma social y del mandatario con poder bastante.

ARTICULO 409.- Promovido el reconocimiento, se mandará citar a la persona de quien se pretenda, para que comparezca, el día y hora que se le señale, a decir si reconoce como expedido por ella o por su representado, el documento, y como suya o de su representado, la firma con que esté subscripto, apercibida de que, si no comparece, se tendrá por reconocido, cuando se trate de la persona

²⁸ Por los alcances del presente análisis no profundizare en esta problemática, limitándome a establecer, que la ambigüedad y vaguedad de la proposición normativa legal, provoca la comprensión de un problema jurídico depende de la comprensión del trasfondo del que surgió, las cuestiones comprendidas no son un mero objeto de conocimiento, se convierten en verdaderas preguntas repensadas en el momento actual, en virtud del cual se puede interpretar de modo adecuado la norma jurídica, en sus dimensiones semántica, pragmáticas y sintácticas, a estas cuestiones las denomino como el problema hermenéutico del derecho procesal véase: GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1999, T.I, colección Hermenéutica pp. 378- 415.

²⁹ En los Estados Unidos Mexicanos la materia mercantil se encuentra reglamentada por el Código de Comercio, por lo cual este código solamente reglamenta la figura de los títulos ejecutivos civiles, que cabe destacar que son figuras que no se utilizan en la práctica diaria forense, incluso me atrevo a decir que son desconocidas por el grueso de los abogados postulantes y de los jueces debido a la falta de su utilización.



misma del signatario. El mismo apercebimiento procederá cuando el documento esté firmado a ruego de la persona que debe reconocerlo.

ARTICULO 410.- Cuando, a la diligencia de reconocimiento de un documento, comparezca la persona a quien se atribuya su expedición, o a cuyo ruego haya sido expedido, deberá decir categóricamente si lo reconoce o no, así como la firma con que esté suscrito, si es la propia.

En caso de que reconozca como suya sólo parte del documento o sólo la firma, se hará constar, con toda claridad, cuál es la parte del documento reconocida y cuál no.

ARTÍCULO 411.- Se tendrá por reconocido un documento:

I.- Cuando no comparezca el signatario del mismo o la persona que debe reconocerlo, cuando otra haya firmado a su nombre, y

II.- Cuando las personas señaladas en la fracción anterior no contesten categóricamente si reconocen o no el documento.

El reconocimiento ficto se rige por las reglas de la confesión ficta.

ARTICULO 412.- Es tribunal competente, para conocer del reconocimiento, el que lo sea para conocer del juicio.

La citación, para el reconocimiento de un documento, se hará en la forma prescrita para la confesión.

ARTÍCULO 413.- El documento que no haya sido reconocido en su totalidad, no es ejecutivo....

En este tipo de procedimiento estamos en presencia de una especie de procedimiento monitorio hoy completamente extinto de los códigos procesales mexicanos quedando únicamente estos vestigios, que francamente solo se revela la inutilidad de dicho procedimiento.



Este medio preparatorio sigue las reglas de la confesión, y existe el apercibimiento de no comparecer se tendrá por reconocido el documento en cuestión, pero únicamente tendrá valor de una confesión ficta, lo cual resulta una adecuada valoración de dicho medio de confirmación, ya que la confesión ficta, es solamente un indicio, que debe de administrarse con otros medios de confirmación para tener algún valor, de lo contrario no produce confirmación alguna, además admite prueba en contrario, este criterio desde mi punto de vista correcto, recoge los criterios de la evolución histórica en México, en el cual se consideró que el simple hecho de no comparecer a reconocer un documento no lo puede volver plenamente ejecutivo, por una mera ficción legal, la Suprema Corte de Justicia Nacional, máximo intérprete de la constitucionalidad se ha pronunciado respecto el tema en el siguiente sentido:

CONFESIÓN FICTA. PUEDE POR SÍ SOLA PRODUCIR VALOR PROBATORIO PLENO, SI NO SE DESTRUYE SU EFICACIA CON PRUEBA EN CONTRARIO.

La correcta valoración de la prueba de confesión ficta debe entenderse en el sentido de que establece una presunción favorable al articulante y contraria a los intereses de la absolvente, que debe de ser destruida con prueba en contrario y en tanto no se advierta algún elemento de convicción que desestime la confesión ficta, ésta puede adquirir la eficacia suficiente para demostrar los hechos que se pretendieron probar en el juicio respectivo, sin que sea obstáculo a lo anterior la circunstancia de que al contestar la demanda la parte demandada hubiera negado los hechos en que se apoyó esa pretensión, toda vez que el silencio del absolvente quien se niega de alguna manera por su incomparecencia a ser interrogado y a prestar espontáneamente su declaración en relación con los hechos sobre los que se le cuestionan, es demostrativo de la intención de eludir la contestación de hechos fundamentales controvertidos en el juicio respectivo.

Amparo directo 2393/93. Everardo Vidaurri Lozano. 6 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Guillermo Campos Osorio.



Amparo directo 64/2007. Ana María Morales Vega. 8 de marzo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Benito Alva Zenteno. Secretario: V. Óscar Martínez Mendoza.

Amparo directo 509/2007. María del Rosario González Villaseñor. 11 de octubre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Socorro Álvarez Nava.

Amparo directo 623/2008. Telma Retarder de México, S.A. de C.V. 28 de noviembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Socorro Álvarez Nava.

Amparo directo 115/2009. *****. 26 de marzo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Socorro Álvarez Nava.

Nota: Por ejecutoria de fecha 6 de abril de 2005, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 81/2004-PS en que participó el presente criterio.³⁰

CONFESIÓN FICTA, PRUEBA DE LA. REQUISITOS PARA SU VALORACIÓN (LEGISLACIÓN CIVIL DE LOS ESTADOS DE MÉXICO, PUEBLA Y JALISCO).

De conformidad con diversas disposiciones de los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla y Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México (y que estuvieron vigentes hasta diciembre de dos mil cuatro y julio de dos mil dos, respectivamente), y de Jalisco (vigente) la prueba de la confesión ficta, produce presunción legal cuando no exista prueba en contrario y en este caso se le debe conceder pleno valor probatorio, para que adquiera dicho

³⁰ Época: Novena Época Registro: 167289 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIX, Mayo de 2009 Materia(s): Civil Tesis: I.3o.C. J/60 Página: 949



carácter, ya que su valoración en esta precisa hipótesis no queda al libre arbitrio del juzgador, porque se trata de una prueba tasada o legal; sin que esto implique que si se ofrecen o se llegaren a ofrecer otras pruebas, éstas puedan ser apreciadas por el juzgador para desvirtuar dicho medio de convicción, ya que en ese supuesto la propia ley le otorga el carácter de una presunción *juris tantum*.

Contradicción de tesis 76/2006-PS. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito; Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito; Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito; Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito; Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito (antes sólo Primero del Sexto Circuito); Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; Quinto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito y Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 8 de noviembre de 2006. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame.

Tesis de jurisprudencia 93/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha ocho de noviembre de dos mil seis.³¹

CONFESIÓN FICTA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL. LA FALTA DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA NO IMPLICA LA ACEPTACIÓN DE LAS PRETENSIONES RECLAMADAS POR LA ACTORA, SINO SÓLO UNA PRESUNCIÓN QUE, PARA CONSTITUIR PRUEBA PLENA, DEBE ADMINICULARSE CON OTROS MEDIOS PROBATORIOS.

La falta de contestación de la demanda, no implica la aceptación de las pretensiones reclamadas por la actora, sino que sólo se trata de una presunción, la cual para constituir prueba plena debe ser adminiculada con otros medios que la favorezcan, dado que si bien es cierto que a la confesión derivada de la falta de contestación no debe negársele valor probatorio, también lo es que no puede

³¹ Época: Novena Época Registro: 173355 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, Febrero de 2007 Materia(s): Civil Tesis: 1a./J. 93/2006 Página: 126



reconocerse que, por sí sola sea bastante para justificar la acción ejercitada pues, un indicio de esa naturaleza, originaría que se tuvieran por reconocidos presuntivamente los hechos aducidos no contestados, cuando esa situación no es suficiente para dar fundamento a cada uno de los elementos de la referida acción y, por tanto, tampoco puede tenerse por probada únicamente con dicha confesión.

Amparo directo 3360/95. Ramón Palma Nava. 12 de julio de 1995.
Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretario: Cuauhtémoc González Álvarez.

Amparo directo 2996/2002. Rodolfo García. 23 de mayo de 2002.
Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: Miguel Hernández Sánchez.

Amparo directo 4316/2004. Raymundo Galicia Bizueto. 1o. de julio de 2004.
Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: Carlos Alberto Hernández Zamora.

Amparo directo 4966/2004. Rosalinda Arias Orozco. 27 de agosto de 2004.
Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Abraham Mejía Arroyo.

Amparo directo 548/2006. Fidel Martínez Cortés. 20 de septiembre de 2006.
Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Chávez Priego. Secretario: Rafael García Morales.³²

Estos criterios son de observancia obligatoria³³ por todos los juzgadores tanto locales como federales, por lo cual tiene mucha importancia el sentido en el que se ha pronunciado la

³² Época: Novena Época Registro: 173803 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIV, Diciembre de 2006 Materia(s): Civil Tesis: I.6o.C. J/51 página: 1104.

³³ La Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 217, establece: La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales



Suprema Corte nacional, toda vez, que establece un estándar de valoración respecto de la confesión ficta, que puede acontecer por el silencio de alguna de las partes, con lo cual se potencializa las reglas de valoración de dicho medio probatorio.

Resulta un importante avance en materia procesal, la exigencia epistemológica del estándar de prueba establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que considero que con estas reglas se establecen parámetros más adecuados a garantizar el contradictorio procesal.

El trascendental el trato que se le da a la confección ficta, como una mera ficción legal y no una presunción *iuris tantum* como se ha pretendido valorar por algunos ordenamientos procesales a dicha abstención.

Una presunción...*iuris tantum* son normas jurídicas que, para garantizar determinados valores, obligan a reconocer una situación como verdadera en circunstancias específicas y ausencia de prueba en contrario. Más exactamente, instauran una regla de juicio o de decisión que indica al juez cuál debe ser el contenido de su sentencia cuando no tenga pruebas suficientes para formar su convicción sobre los hechos litigiosos. Su peculiaridad frente al resto de normas estriba en que estas presunciones garantizan esos valores regulando de la carga de la prueba, lo que puede concretarse en eximir a aquellos en cuyo beneficio funcionan de la carga de probar los hechos litigiosos (así sucede en las presunciones formales, por ejemplo la de inocencia) o en modificar el objeto de prueba para el beneficiario de la presunción, que tendrá entonces la carga de probar ya no los hechos litigiosos sino otros hechos o estado de cosas que se conectan a aquéllos (así sucede en las presunciones materiales, por ejemplo la de paternidad).³⁴

militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

³⁴ GASCON ABELLADAN, Marina, *La prueba de los hechos*, México, Instituto Federal Electoral, 2004, pp. 79-80.



Esta figura es completamente distinta a las ficciones legales, por otro lado “...es una ficción científica, idéntica en su principio a las ficciones de la teoría del conocimiento...”³⁵ el objetivo de las ficciones es conocer la realidad, pero lo hace dando un rodeo, como un concepto auxiliar, con una construcción lógica, es por ello que se refiera a un término gnoseológico, con repercusiones epistémicas, en la aplicación del problema hermenéutico de la razonabilidad como procedimiento de los medios de razonabilidad procesal, es por ello que siempre el silencio en el debate procesal debe tomarse como una ficción legal y no como una presunción legal.

En el Código de Comercio Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07 de octubre de 1889 (en vigor a partir de 1 de enero de 1890), reglamenta de la siguiente manera:

...Medios Preparatorios del Juicio

Artículo 1151.- El juicio podrá prepararse:

I.- Pidiendo declaración bajo protesta el que pretenda demandar, de aquel contra quien se propone dirigir la demanda acerca de algún hecho relativo a su personalidad o a la calidad de su posesión o tenencia;

II.- Pidiendo la exhibición de la cosa mueble, que en su caso haya de ser objeto de acción real que se trate de entablar;

III.- Pidiendo el comprador al vendedor, o el vendedor al comprador en el caso de evicción, la exhibición de títulos ú otros documentos que se refieran a la cosa vendida;

IV.- Pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad y comunidad, al consocio o condueño que los tenga en su poder.

V. Pidiendo el examen de testigos, cuando éstos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse a un lugar con

³⁵ KELSEN, Hans, et. alt. *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, tercera edición, 2013 p.25.



el cual sean difíciles las comunicaciones y no sea posible intentar la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía;

VI. Pidiendo el examen de testigos para probar alguna excepción, siempre que la prueba sea indispensable y los testigos se hallen en alguno de los casos señalados en la fracción anterior;

VII. Pidiendo el examen de testigos u otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero, y

VIII. Pidiendo el juicio pericial o la inspección judicial cuando el estado de los bienes, salud de las personas, variaciones de las condiciones, estado del tiempo, o situaciones parecidas hagan temer al solicitante la pérdida de un derecho o la necesidad de preservarlo.

Artículo 1152.- Al pedirse la diligencia preparatoria debe expresarse el motivo porque se solicita y el litigio que se trata de seguir o que se teme.

Artículo 1153.- El juez puede disponer lo que crea conveniente, ya para cerciorarse de la personalidad del que solicita la diligencia preparatoria, ya de la urgencia de examinar a los testigos. Contra la resolución del juez que conceda la diligencia preparatoria no cabe recurso alguno. Contra la resolución que la deniegue habrá el de apelación en ambos efectos si fuere dictada por un juez de primera instancia, o el de revocación si fuere dictada por juez menor o de paz.

Artículo 1154. La acción que puede ejercitarse, conforme a las fracciones II y III del artículo 1151, procede contra cualquier persona que tenga en su poder las cosas que en ellas se mencionan. Mediante notificación personal se correrá traslado por el término de tres días a aquel contra quien se promueva, para que manifieste lo que a su derecho convenga, exponiendo en su caso las razones que tenga para oponerse a la exhibición o que le impidan realizarla. En dichos escritos deberán ofrecerse las pruebas, las que de admitirse se recibirán en la audiencia que debe celebrarse dentro



del plazo de ocho días, y en donde se alegue y se resuelva sobre la exhibición solicitada. En caso de concederse la exhibición del bien mueble o de los documentos, el juez señalará día, hora y lugar para que se lleve a cabo ésta, con el apercibimiento que considere procedente. La resolución que niegue lo pedido será apelable en ambos efectos y la que lo conceda lo será en el devolutivo, de tramitación inmediata.

Artículo 1155.- Cuando se pida la exhibición de un protocolo o de cualquier otro documento archivado en oficina pública, si el juez concede la diligencia preparatoria, mandará que se practique por el actuario, ejecutor o secretario, acompañado del peticionario, en el domicilio del notario, corredor o de la oficina respectiva, dejándoseles a estos, cédula de notificación en la que se transcriba la orden judicial, para que se realice la inspección, sin que en ningún caso salgan los originales. De ellos se expedirán copias certificadas por duplicado, a costa del solicitante, autorizadas por el notario, corredor o servidor público correspondiente, con la anotación de haberse extendido por mandamiento judicial, señalando la fecha del mismo, datos de identificación del procedimiento y fecha de expedición, de las cuales una se entregará al solicitante, mediante razón de recibo en autos, y la otra quedará agregada al expediente.

Artículo 1156.- Las diligencias preparatorias a que se refiere la fracción III del artículo 1151, de encontrarse ajustada la petición del promovente, así como acreditada su calidad de socio o condueño, se admitirán de plano, y se ordenará, mediante notificación personal a aquel contra quien se pide, que exhiba los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, en el día y hora que al efecto se señale, para que se reciban por el tribunal, con el apercibimiento que de no realizarlo se le aplicará alguna de las medidas de apremio que autoriza la ley.

Artículo 1157.- Las diligencias preparatorias de que se trata en las fracciones V a VIII del artículo 1151 se practicarán con citación de la parte contraria, a quien se correrá traslado de la solicitud por el término de tres días, y se aplicarán las reglas



establecidas para la práctica de las pruebas testimonial, pericial o la inspección judicial, según sean los casos.

Artículo 1158.- El juez podrá utilizar sin limitación de ninguna especie, toda clase de apercebimientos de los que permite la ley para hacer cumplir las determinaciones que dicte en toda clase de medios preparatorios a juicio.

Artículo 1159.- En todos los casos en que las partes interesadas no comparezcan a los procedimientos de que se trata en este capítulo, se procederá en su rebeldía, sin necesidad de nueva búsqueda.

Artículo 1160.- Es obligación del tribunal ordenar se expidan copias certificadas de todo lo actuado en los medios preparatorios a juicio de que se trate.

Artículo 1161.- Promovido el juicio las partes podrán exhibir las copias certificadas a que se refiere el artículo anterior, o solicitar que se agreguen las actuaciones originales de los medios preparatorios que se hubieren tramitado, para lo cual deberá hacerse la petición desde el escrito de demanda o contestación y de no hacerse así no se recibirán dichos originales, al igual que cuando se hubieren extraviado o destruido.

Artículo 1162.- Puede prepararse el juicio ejecutivo, pidiendo al deudor confesión judicial bajo protesta de decir verdad, para lo cual el juez señalará día y hora para la comparecencia. En este caso el deudor habrá de estar en el lugar del juicio cuando se le haga la citación, y ésta deberá ser personal, expresándose en la notificación el nombre y apellidos del promovente, objeto de la diligencia, la cantidad que se reclame y el origen del adeudo, además de correrle traslado con copia de la solicitud respectiva, cotejada y sellada.

Artículo 1163.- Si el deudor fuere hallado o no en su domicilio y debidamente cerciorado el notificador de ser ése, le entregará la cédula en la que se contenga la transcripción íntegra de la providencia que se hubiere dictado, al propio interesado, a su mandatario, al pariente más cercano que se encontrare en la casa, a sus



empleados, a sus domésticos o a cualquier otra persona que viva en el domicilio del demandado, entregándole también copias del traslado de la solicitud debidamente selladas y cotejadas.

Artículo 1164.- Si no comparece a la citación, y si se le hubiere hecho con apercibimiento de ser declarado confeso, así como cumplidos los requisitos a que se refieren los artículos anteriores, y la exhibición del pliego de posiciones que calificadas de legales acrediten la procedencia de lo solicitado, se le tendrá por confeso en la certeza de la deuda, y se despachará auto de embargo en su contra, siguiéndose el juicio conforme marca la ley para los de su clase.

Artículo 1165.- El documento privado que contenga deuda líquida y sea de plazo cumplido, permitirá al acreedor, promover medios preparatorios a juicio, exhibiendo el documento al juez a quien se le hará saber el origen del adeudo, solicitándole que ordene el reconocimiento de la firma, monto del adeudo y

Para tal fin, el juez ordenará al actuario o ejecutor que se apersona en el domicilio del deudor para que se le requiera que bajo protesta de decir verdad, haga reconocimiento de su firma, así como del origen y monto del adeudo, y en el mismo acto se entregue cédula de notificación en que se encuentre transcrita la orden del juez, así como copia simple cotejada y sellada de la solicitud.

De no entenderse la diligencia personalmente con el deudor cuando se trate de persona física o del mandatario para pleitos y cobranzas o actos de dominio tratándose de personas morales o del representante legal, en otros casos, el actuario o ejecutor se abstendrá de hacer requerimiento alguno, y dejará citatorio para que ese deudor, mandatario o representante legal, lo espere para la práctica de diligencia judicial en aquellas horas que se señale en el citatorio, la que se practicará después de las seis y hasta las setenta y dos horas siguientes. También el actuario o ejecutor podrá, sin necesidad de providencia judicial, trasladarse a otro u otros domicilios en el que se pueda encontrar el deudor, con la obligación de dejar constancia de estas circunstancias. Si después de realizadas hasta un máximo de cinco búsquedas del



deudor éste no fuere localizado, se darán por concluidos los medios preparatorios a juicio, devolviéndose al interesado los documentos exhibidos y dejando a salvo sus derechos para que los haga valer en la vía y forma que corresponda.

Cuando fuere localizado el deudor, su mandatario o representante, e intimado dos veces rehúse contestar si es o no es suya la firma, se tendrá por reconocida, y así lo declarará el juez. Cuando reconozca la firma, más no el origen o el monto del adeudo, el actuario o ejecutor lo prevendrá para que en el acto de la diligencia o dentro de los cinco días siguientes exhiba las pruebas documentales que acredite su contestación. De no exhibirse, el juez lo tendrá por cierto en la certeza de la deuda señalada, o por la cantidad que deje de acreditarse que no se adeuda, al igual que cuando reconozca la firma origen o monto del adeudo.

Cuando el deudor desconozca su firma se dejarán a salvo los derechos del promovente para que los haga valer en la vía y forma correspondiente pero de acreditarse la falsedad en que incurrió el deudor, se dará vista al Ministerio Público.

Lo mismo se hará con el mandatario o representante legal del deudor que actúe en la misma forma que lo señalado en el párrafo anterior.

Cuando se tenga por reconocida la firma o por cierta la certeza de la deuda, se ordenará la expedición de copias certificadas de todo lo actuado a favor del promovente y a su costa.

El actor formulará su demanda en vía ejecutiva, ante el mismo juez que conoció de los medios preparatorios acompañando la copia certificada como documento fundatorio de su acción, copias simples de éstas y demás que se requieran para traslado al demandado, y se acumularán los dos expedientes y en su caso se despachará auto de ejecución.

Cuando se despache auto de ejecución, se seguirá el juicio en la vía ejecutiva como marca la ley para los de su clase.



La resolución que niegue el auto de ejecución será apelable en ambos efectos y, en caso contrario, se admitirá en el efecto devolutivo de tramitación inmediata.

Artículo 1166.- Puede hacerse el reconocimiento ante notario o corredor, ya en el momento de su otorgamiento o con posterioridad, de aquellos documentos que se hubieren firmado sin la presencia de dichos fedatarios, siempre que lo haga la persona directa obligada, su representante legítimo o su mandatario con poder bastante.

El notario o corredor harán constar el reconocimiento al pie del documento mismo, asentando si la persona que lo reconoce es el obligado directo, o su apoderado y la cláusula relativa del mandato o el representante legal, señalando también el número de escritura y fecha de la misma en que se haga constar el reconocimiento.

Los documentos así reconocidos también darán lugar a la vía ejecutiva.

Artículo 1167.- Si es instrumento público o privado reconocido o contiene cantidad líquida, puede prepararse la acción ejecutiva siempre que la liquidación pueda hacerse en un término que no excederá de nueve días.

En el Código de Comercio, cuya aplicación en todo el territorio mexicano y existe concurrencia competencial material y territorial, respecto de su aplicación, lo que quiere decir que los procedimientos por el regulados pueden ser del conocimiento tanto de jueces locales como de jueces federales; los medios preparatorios se refieren a los procesos ordinarios mercantiles y los ejecutivos mercantiles, analicemos en primer término los que se refieren al proceso ordinario, en ellos tenemos las siguientes hipótesis normativas, nuevamente tomadas de los antecedentes históricos ya señalados:

a) La declaración bajo protesta de la persona que se pretenda demandar acerca de algún hecho relativo a su personalidad o a la calidad de su posesión o tenencia.



En este medio preparatorio solamente se puede pedir la declaración de la contraparte respecto de los hechos relativos a la personalidad o calidad de posesión o tenencia respecto del objeto pretendido, por lo cual no se puede pedir esta diligencia para acreditar ningún otro presupuesto procesal, con lo cual se acota el medio de confirmación, en su desarrollo, y nuevamente se establece que la contumacia del presunto demandado solamente produce una confesión ficta respecto de los hechos que se pretenden acreditar, con el debido estándar de valoración confirmatorio que hemos establecido.

En este caso contra la resolución que concede la diligencia no procede recurso alguno, contra el que la niega si procede el recurso respectivo.

b) Pidiendo la exhibición de la cosa mueble, que en su caso haya de ser objeto de acción real que se trate de entablar;

c) Pidiendo el comprador al vendedor, o el vendedor al comprador en el caso de evicción, la exhibición de títulos ú otros documentos que se refieran a la cosa vendida;

En estas dos hipótesis normativas se encuentra la exhibición de documentos y cosas por quien las tenga en su poder, pero se establece nuevamente el proceso de negación a exhibir dichas cosas, con el tramite respectivo y el ofrecimientos admisión y desahogo de pruebas, con lo cual el juzgador de determinar si es procedente la exhibición requerida, con lo cual se respeta los derechos fundamentales de ambas partes.

En este caso contra la resolución que admite o niega los medios preparatorios procede recurso de apelación con su respectivo trámite.

d) Pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad y comunidad, al consocio o condueño que los tenga en su poder.

En este caso es indispensable acreditar la calidad de ambas partes, la cual es examinada de oficio por el Juzgador antes de ordenar la exhibición de los documentos siguiendo las reglas indicadas en la fracción anterior para el caso de oposición a la exhibición.

e) Pidiendo el examen de testigos, cuando éstos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse a un lugar con el cual



sean difíciles las comunicaciones y no sea posible intentar la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía;

f) Pidiendo el examen de testigos para probar alguna excepción, siempre que la prueba sea indispensable y los testigos se hallen en alguno de los casos señalados en la fracción anterior;

g) Pidiendo el examen de testigos u otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero, y

h) Pidiendo el juicio pericial o la inspección judicial cuando el estado de los bienes, salud de las personas, variaciones de las condiciones, estado del tiempo, o situaciones parecidas hagan temer al solicitante la pérdida de un derecho o la necesidad de preservarlo.

En los tres supuestos referentes a las pruebas testimoniales, periciales e inspección judicial, siempre se tramitara con citación del contrario y siguiendo las reglas para el desahogo de dichos medios de confirmación establecidos por el propio código, es decir con total intervención de la contraparte, para realizar tachas, observaciones o proponer su propio perito.

Estas reglas tan simples le otorgan a este resguardo cautelar una naturaleza muy distinta a lo que ocurre en otros países³⁶, en los que los medios de convicción se pueden realizar, bajo el simple argumento de la urgencia, y con la intervención del representante oficial de los ausentes, con lo cual parece obvio que se pueden violar los derechos de una de las partes que se puede ver

³⁶ Véase como ejemplo el artículo 327 del Código Procesal Civil Y Comercial de la Nación (Argentina), que señala lo siguiente: “En el escrito en que se solicitaren medidas preliminares se indicará el nombre de la futura parte contraria, su domicilio si fuere conocido y los fundamentos de la petición. El juez accederá a las pretensiones si estimare justas las causas en que se funda, repeliéndolas de oficio en caso contrario. La resolución será apelable únicamente cuando denegare la diligencia. Si hubiese de practicarse la prueba se citará a la contraria, salvo cuando resultare imposible por razón de urgencia, en cuyo caso intervendrá el defensor oficial. El diligenciamiento se hará en la forma establecida para cada clase de prueba, salvo en el caso de la pericial, que estará a cargo de un perito único, nombrado de oficio.”



afectada por la probanza y en el caso de pericial, se hará mediante perito único nombrado de oficio, con la correspondiente limitación al contradictorio y a las reglas de la probanza pericial.

Por lo que respecta a la preparación del proceso ejecutivo mercantil el código analizado indica los siguientes supuestos:

Reconocimiento bajo protesta de decir verdad ante el juez o fedatario público, respecto de deuda líquida contenida en documento en el que sea necesario su reconocimiento o el protesto para su ejecución.

En este procedimiento desde los antecedentes indicados, se estableció que no se puede apercibir al deudor con la ficción de reconocimiento en caso de rebeldía, ya que la diligencia siempre se entenderá con el deudor de manera personal, y si no se le localiza en cinco ocasiones se darán por terminados los medios preparatorios, pero en el caso que se localice al deudor y se niegue en dos veces a manifestar si la firma que calza el contenido y firma del documento que le proponen para reconocimiento se le tendrá por fictamente reconocido y se tramitara proceso ejecutivo.

Estos medios preparatorios están prácticamente en desuso en la práctica forense ya que los títulos de crédito se reglamenta por ley específica, y son considerados prueba pre constituida por lo cual no requieren del protesto como requisito de procedencia, en el único caso que se exige el protesto es la letra de cambio, que en la práctica mercantil no se usa desde hace más de veinte años, por la prohibición legal de establecer intereses convencionales, limitándose al interés legal del 6% anual, por lo cual dicho título de crédito, no es utilizado, por nadie, por lo cual estos medios preparatorios se limitan a las facturas de índole comercial, que en la práctica normalmente contienen inserto un pagare que les otorga el título de ejecutivo referido.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1931 (en vigor a partir de 1 de octubre de 1932), norma de aplicación en el Distrito federal capital de los Estados Unidos Mexicanos se reglamenta para el proceso ordinario civil de la siguiente manera:

...TITULO QUINTO



Actos Prejudiciales

CAPITULO I

Medios de preparatorios del Juicio en General

Artículo 193.- El juicio podrá prepararse:

I. Pidiendo declaración bajo protesta, el que pretenda demandar, de aquél contra quien se propone dirigir la demanda, acerca de un hecho relativo a su personalidad o a la calidad de su posesión o tenencia;

II. Pidiendo la exhibición de la cosa mueble que haya de ser objeto de la acción real que se trate de entablar;

III. Pidiendo el legatario o cualquier otro que tenga el derecho de elegir una o más cosas entre varias, la exhibición de ellas;

IV. Pidiendo el que se crea heredero, o coheredero o legatario, la exhibición de un testamento;

V. Pidiendo el comprador al vendedor, o el vendedor al comprador, en el caso de evicción, la exhibición de títulos u otros documentos que se refieran a la cosa vendida.

VI. Pidiendo a un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, al consocio o condueño que los tenga en su poder;

VII. Pidiendo el examen de testigos, cuando éstos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse a un lugar con el cual sean tardías o difíciles las comunicaciones y no pueda deducirse aún la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía;



VIII. Pidiendo el examen de testigos para probar alguna excepción, siempre que la prueba sea indispensable y los testigos se hallen en alguno de los casos señalados en la fracción anterior;

IX. Pidiendo el examen de testigos u otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero.

Artículo 194.- Al pedirse la diligencia preparatoria debe expresarse el motivo por que se solicita y el litigio que se trata de seguir o que se teme.

Artículo 195.- El juez puede disponer lo que crea conveniente, ya para cerciorarse de la personalidad del que solicita la diligencia preparatoria, ya de la urgencia de examinar a los testigos. Contra la resolución que concede la diligencia preparatoria, no habrá ningún recurso. Contra la resolución que la niegue procederá la apelación en el efecto devolutivo de tramitación inmediata, si fuere apelable la sentencia del juicio que se prepara o que se teme.

Artículo 196.- La acción que puede ejercitarse conforme a las fracciones II, III y IV del artículo 193 procede contra cualquier persona que tenga en su poder las cosas que en ellas se mencionan.

Artículo 197.- Cuando pida la exhibición de un protocolo o de cualquier otro documento archivado, la diligencia se practicará en el oficio del notario o en la oficina respectiva, sin que, en ningún caso, salgan de ellos los documentos originales.

Artículo 198.- Las diligencias preparatorias de que se trata en las fracciones II a IV y VII a IX del artículo 193 se practicarán con citación de la parte contraria, a quien se correrá traslado de la solicitud por el término de tres días, y se aplicarán las reglas establecidas para la práctica de la prueba testimonial.

Artículo 199.- Promovido el juicio, el tribunal, a solicitud del que hubiere pedido la preparación, mandará agregar las diligencias practicadas para que surtan sus efectos.



Artículo 200.- Si el tenedor del documento o cosa mueble fuere el mismo a quien se va a demandar, y sin causa alguna se negare a exhibirlos, se le apremiará por los medios legales, y si aun así resistiere la exhibición o destruyere, deteriorare u ocultare aquéllos, o con dolo o malicia dejare de poseerlos, satisfará todos los daños y perjuicios que se hayan seguido, quedando, además sujeto a la responsabilidad criminal en que hubiere incurrido. Si alegare alguna causa para no hacer la exhibición se le oirá incidentalmente...

Como se aprecia en la reglamentación local los medios preparatorios al proceso ordinario civil, es muy similar a la del Código Comercial, ya que se establece que la práctica de las testimoniales se hará con citación a la contraria, y siguiendo el trámite del desahogo de la prueba siempre con contradictorios de parte.

La confesional nuevamente solo tendrá el carácter de confesión ficta.

Y no se reglamenta ni la pericial, ni la inspección judicial como medios preparatorios, siguiendo los parámetros del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Por lo demás la reglamentación es similar a los comentarios realizados y que no merecen repetirse.

Así mismo esta norma local reglamente los medios preparatorios al proceso ejecutivo mercantil del siguiente modo:

...CAPITULO II

Medios preparatorios del Juicio Ejecutivo

Artículo 201.- Puede prepararse el juicio ejecutivo, pidiendo al deudor confesión judicial bajo protesta de decir verdad y el juez señalará día y hora para la comparecencia. En este caso el deudor habrá de estar en el lugar del juicio cuando se le haga la citación, y ésta deberá ser personal, expresándose en la notificación el objeto de la audiencia, la cantidad que se reclame y la causa del deber. Si el deudor no fuere hallado en su domicilio, la notificación se hará en los términos del artículo 116.



Se tendrá por confeso en la certeza de la deuda a aquel deudor que habiendo sido citado no comparezca a la diligencia mencionada en el primer párrafo de este artículo ni pruebe justa causa que se lo haya impedido.

Artículo 202.- Se tendrá por reconocido el documento privado que contenga deuda líquida y sea de plazo cumplido, cuando el deudor reconozca su firma ante la presencia judicial o cuando requerido para ello rehuse contestar si es o no suya la firma y cuando deje de asistir a la audiencia de reconocimiento sin justa causa.

Artículo 203.- Puede hacerse el reconocimiento de documentos firmados ante notario público, ya en el momento del otorgamiento o con posterioridad, siempre que lo haga la persona directamente obligada, su representante legítimo o su mandatario con poder bastante. El notario hará constar el reconocimiento al pie del documento mismo, asentando si la persona que reconoce es apoderado del deudor, y la cláusula relativa.

Artículo 204.- Si es instrumento público o privado reconocido y contiene cantidad ilíquida, puede prepararse la acción ejecutiva, siempre que la liquidación pueda hacerse en un término que no excederá de quince días. La liquidación se hace incidentalmente con un escrito de cada parte y la resolución del juez, contra la cual no procederá recurso alguno....

El procedimiento para el proceso ejecutivo civil, sigue las pautas del Código Federal de Procedimientos Civiles, ya comentado.

De lo hasta aquí expuesto es válido concluir que la figura del resguardo cautelar de la prueba, medios preparatorios o perjudiciales, o prueba anticipada, ha tenido una reglamentación y cambios doctrinarios vacilantes, en el que se va "...de un régimen romano a base de "acciones" entendidas como derechos sustantivos, se pasó a procedimientos anómalos o indeterminados, para caer en unos medios preparatorios, probablemente tomados de los artículos 222 y 223 de la



ley de enjuiciamiento civil española de 1855, inspirada a su vez en la Tercera Partida, título 10, ley 1º y título 16 ley 2º.”³⁷

Como he establecido a lo largo de estas líneas es claro que no existe uniformidad en cuanto a la reglamentación de la figura jurídica del resguardo cautelar de los medios de confirmación, “Habitualmente, toda la doctrina que se ocupa de este tema en América lo estudia bajo la denominación de medidas cautelares o precautorias, de muy antigua raigambre legislativa. También se las conoce como acciones cautelares, y como acciones asegurativas, y como acciones garantizadoras, y como procesos cautelares y como providencias cautelares.”³⁸

Me parece claro que no es adecuado que se reglamente con distintas denominaciones a la misma figura jurídica, parece existir acuerdo en que se trata de una instancia, pero es necesario determinar a qué especie de las diversas instancias pertenecen el resguardo cautelar de los medios probatorios.

“Para la mejor comprensión de lo que antecede, es conveniente recordar que por proceso sólo ha de entenderse aquella institución que aplica los principios directrices de la bilateralidad de la instancia, la imparcialidad jurisdiccional y la transitoriedad temporal.”³⁹

Existen dos especies de instancias legales:

1. Las que inician los órganos estatales, para la comprobación del cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos, como lo son todos los procedimientos fiscales de comprobación y auditoria, “...La circunstancia de que sea la autoridad quien comienza un procedimiento reglado o discrecional, explica que la intervención o participación del justiciable constituya por lo general una instancia.”⁴⁰
2. Las instancias que inician siempre a petición del ciudadano y que están debidamente reglamentadas por los diversos ordenamientos legales, con lo cual siempre

³⁷ Ibídem. p. 40.

³⁸ Alvarado, Adolfo, y Guido, Aguila, *Lecciones de derecho procesal civil*, 2ª edición, Lima, EGACAL, 2011. p. 769.

³⁹ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T.I p. 68.

⁴⁰ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T.II, p. 169.



se genera un procedimiento legal, y son seis: Petición, Denuncia, Querella, Acción Procesal, Reacertamiento y Queja.⁴¹

Es claro que el resguardo cautelar de los medios de confirmación, no son instancias de las que se puedan iniciar de oficio por la autoridad jurisdiccional, en todas las reglamentaciones siempre es necesario que se promueva por la parte interesada, y exponga la causa de pedir, que pretende justificar, y la urgencia de la medida que solicita.

Por lo cual debemos de tratar de localizar en cuál de las seis instancias que pueden ser promovidas por los particulares.

a) La denuncia consiste en: un procedimiento donde quien insta “...no pretende que se acceda a lo pedido, simplemente hace saber a la autoridad la realización de un hecho o de un acto, a los que la ley condiciona la emisión de una resolución.”⁴²

Los medios preparatorios a proceso, no pueden ser clasificados como una denuncia ya que es claro que existe una pretensión por quien promueve el resguardo cautelar de los medios de confirmación, que es precisamente que se genere el desahogo de probanzas en virtud de la urgencia del caso concreto, o perfeccionar un documento para hacerlo ejecutivo, o tener una declaración respecto de la calidad o personalidad de alguien que será posiblemente demandado.

b) La querella es el “...acto provocatorio, y es manifiesto que su pretensión contiene una declaración de voluntad, puesto que el querellante ejerce la instancia para propiciar que se aplique una sanción al querellado.”⁴³

Tampoco es posible encuadrar la figura como una querella, ya que este procedimiento tiene como finalidad que se abra un proceso que puede ser concluido por medio del perdón, figura que no se aplica de ningún modo en los medios cautelares.

⁴¹ Confróntese, *Ibidem.* pp.173- 178.

⁴² *Ibidem.* p. 173.

⁴³ *Ibidem.* p. 174.



c) La queja es siempre una instancia impugnativa“...es también declaración de voluntad, pues la pretensión es disciplinaria. Normalmente la queja aparece cuando se acude al superior para que imponga una sanción al funcionario incumplido.”⁴⁴

Esta es una instancia secundaria que necesita forzosamente de otra instancia para poder existir en el plano jurídico, además de la pretensión en este caso es una sanción para un funcionario público, es notorio que el resguardo cautelar no tiene ninguna de estas características, ya que es una instancia primaria y su pretensión no es de sanción.

d) El reaceramiento es “...una declaración de voluntad, persigue la revocación del acto de autoridad...”⁴⁵

Este procedimiento es secundario y pretende revocar un acto de autoridad que puede estar provocando lesiones a un particular en concreto, los actos preparatorios al proceso no cumplen con estas características, ya que no se pretende la revocación de nada con la promoción de la instancia motivo de este estudio.

e) Acción procesal, “...tiene la inconfundible proyección que enlaza tres sujetos: actor, juez y demandado.”⁴⁶

Esta instancia es la única en la que existe proyección entre el actor para el juez y de este para el demandado y viceversa, siguiendo los principios directrices de la bilateralidad de la instancia, la imparcialidad jurisdiccional y la transitoriedad temporal, es obvio que en el resguardo cautelar de los medios de confirmación no estamos en prescencia de estos supuestos.

La acción procesal es la única instancia que genera un proceso, y toda la doctrina y los códigos en general señalan que el resguardo cautelar de los medios probatorios, se realizan siempre antes del proceso.

⁴⁴ Ibídem. p.176.

⁴⁵ Ibídem. p. 177.

⁴⁶ Ibídem. p.178.



f) La petición "...una declaración de voluntad, porque el particular ha de expresar por escrito su solicitud, a fin de que la autoridad responda."⁴⁷

Por último el reguardo cautelar es una instancia primaria, es decir no requiere de la presencia de otra para existir en el plano jurídico, y tiene un contenido pre tensional, que puede ser variado, dependiendo la cautela solicitada, que puede ser concedida o negada por la autoridad a la que se le pide.

Por lo tanto el reguardo cautelar de los medios de confirmación es siempre una petición, es decir un procedimiento legal, que no genera un proceso, sino que pretende en un futuro poder impactar en el proceso, por lo cual es un procedimiento auxiliar del proceso, por lo tanto lo correcto es emplear siempre el termino de petición de pretensión preparatoria del proceso.

En México, a este tipo de instancias a lo largo de los años, por medio de los criterios jurisprudenciales, se ha establecido que las personas que pudieran resentir como actos de molestia las diligencias que se puedan afectar sus derechos fundamentales o sus derechos patrimoniales, tienen derecho al amparo, que es proceso que tiene como finalidad la inmediata protección de los derechos fundamentales, humanos, colectivos, sociales, procesales, civiles y políticos, por lo cual se ha determinado que la falta de citación a los medios preparatorios resulta un acto que merece la protección del amparo, esto tiene como finalidad garantizar el derecho de defensa, contradicción y audiencia bilateral de las partes que intervienen.

Sirve de ejemplo este reciente criterio jurisprudencial que unifica criterios en el sentido descrito:

“MEDIOS PREPARATORIOS A JUICIO, ES PROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO DE CONFORMIDAD CON LA FRACCION III DEL ARTICULO 114 DE LA LEY DE LA MATERIA CUANDO SE RECLAMA LA FALTA DE EMPLAZAMIENTO A LOS MISMOS.

Siendo los medios preparatorios a juicio, determinadas diligencias que preparan la acción para promover un juicio, generalmente pre constitutivas de pruebas, y que las mismas no forman parte del juicio, ya que como su nombre lo

⁴⁷ *Ibidem.* p. 173.



indica preparan, pero no son el mismo, aunque sirvan de apoyo a la acción o excepción que se intente, la falta de emplazamiento a tales medios preparatorios, debe estimarse como un acto ejecutado fuera de juicio, ya que éste debe entenderse como el procedimiento contencioso desde que se inicia en cualquier forma hasta que se dicta sentencia definitiva, y contra esa irregularidad es procedente el amparo indirecto en los términos del artículo 114, fracción III de la Ley de Amparo, habida cuenta que la falta de emplazamiento resulta ser una violación que de resultar fundada deja sin defensa al quejoso ante tales diligencias previas. Sin que sea obstáculo para su procedencia el que la falta de emplazamiento no sea un acto de imposible reparación, pues no se trata de actos realizados dentro del juicio como lo establece la fracción IV del artículo 114 de la ley de la materia, interpretada a contrario sensu.

Contradicción de tesis 39/95. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 21 de agosto de 1996. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jesús Enrique Flores González.

Tesis de jurisprudencia 23/96. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros: presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo, previo aviso a la Presidencia.”⁴⁸

Después de analizar de modo muy somero los antecedentes históricos, la reglamentación nacional e internacional, así como los criterios doctrinales y jurisprudenciales del resguardo cautelar de los medios de confirmación, estableciendo su naturaleza procedimental y

⁴⁸ Novena Época Registro: 200392 Instancia: Primera Sala Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo IV, Septiembre de 1996 Materia(s): Civil Tesis: 1a./J. 23/96 Página:21.



presupuestos básicos, ahora analizare el problema epistémico de dicha figura procedimental, para poder extraer conclusiones de aplicación práctica, pero con sustento lógico formal, basado en los principios del garantismo.

IV. VICISITUDES EPISTEMOLÓGICAS DEL RESGUARDO CAUTELAR PROBATORIO

En general la doctrina al momento de estudiar el tópico del resguardo cautelar de las pruebas, se ha limitado a dos aspectos generales, en primer lugar: desde el punto de vista del positivismo utilitario, con fines extra legales la aplicación de esta figura, buscando justificaciones fuera del plano jurídico para exponer las razones políticas, de justicia, económicas, incluso morales, por las cuales es buena la figura jurídica; en segundo término: se limita a establecer las reglas sobre la prueba propias de cada ordenamiento⁴⁹, olvidándose de los problemas epistemológicos de la prueba, limitándose a establecer una concepción dominante psicologuista o persuasiva⁵⁰.

1.- La justificación ideológicas doctrinales del resguardo cautelar de los medios de confirmación.

Como ya he indicado existen diversas formas para justificar la figura del resguardo cautelar probatorio, violando las garantías de una de las partes, analizare en este apartado estas ideas, para poder indicar como el paradigma del estado constitucional de derecho, en el cual se basan las consideraciones garantistas en virtud de ellas, no es válido que se tramite un anticipo probatorio, sin la presencia de ambas partes, así como tampoco puede valorarse como una presunción *iuris tantum*, el resultado de un medio de razonabilidad procesal.

Existe una teoría dominante que ha tenido una gran recepción por todo el mundo, en virtud de su discurso y sus justificaciones, sustentadas en aspectos extra legales, pero populistas,

⁴⁹ Tal y como lo he intentado en el punto anterior.

⁵⁰ Este fenómeno ocurre en los códigos de ascendencia romano- germánica y en los sistemas anglosajones, para una mayor comprensión del tema véase: TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, 2ª edición, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trota, 2005, colección, Estructuras y procesos. Pp. 327-435.



con lo cual pretenden legitimar, el uso de figuras que violentan los derechos fundamentales y las garantías tanto de primer como de segundo orden.

La teoría dominante tiene dos partes y mantiene la independencia entre ellas. La primera es una teoría sobre lo que es el derecho; dicho de manera más informal, es una teoría sobre las condiciones necesarias para que una proposición de derecho sea válida. Ésta es la teoría del positivismo jurídico, que sostiene que la verdad de las proposiciones legales consistente en hechos que hacen referencia a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales específicas, y en nada más. La segunda es una teoría sobre lo que debe ser el derecho y sobre cómo deben ser las instituciones legales conocidas. Tal es la teoría del utilitarismo, que sostienen que el derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general nada más.⁵¹

Con base a esta división la doctrina dominante pretende justificar el uso de diversas instituciones procesales, o implementarlas en los ordenamientos legales si es que no existe siempre pretendiendo legitimar la violación de derechos de un grupo de ciudadanos, los malos, los feos, los incumplidos, los deudores, los que usan el derecho como arma, para no cumplir con lo que ordena la ley; creando de este modo un derecho procesal del enemigo, los argumentos son en un tono como este:

La diferenciación de tutelas constituye un ingrediente básico del fenómeno de adaptación del derecho procesal a las nuevas realidades sociales y jurídicas, en el contexto del pasaje de la rigidez propia del derecho liberal clásico a una configuración elástica del proceso. Diferenciar tutelas aparece entonces como la cristalización de una búsqueda por la armonía en la relación entre las formas y el derecho material. En este salto evolutivo se intenta superar los vicios de aquel primer paso de distanciamiento que diera el proceso con relación al derecho material, en cuyo tránsito hacia el exceso, la realidad perdió relevancia. En efecto, la Escuela Sistemática ha logrado despegar al derecho de acción del derecho material y consagró su autonomía, con la desvalidos consecuencia de incurrir en otro exceso tan reprochable

⁵¹ DWORKIN Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, p.31.



como el anterior: el de la sobrevaloración de las formas. Pendular movimiento mediante, se procuró resguardar a los ciudadanos de cualquier invasión estatal y se concibió al proceso como una suerte de cápsula aséptica, y desinvolucrada de las situaciones vitales en juego. El mayor cuidado de las formas preservaría la impecabilidad de ese bastión. Con el paño de la “autonomía” del derecho de acción, se taparon los ojos a la diosa justicia y el proceso mutó a indiferencia. Empero, una justicia vendada carece de la sabiduría que los hechos aportan, esa, la indispensable para discernir los repartos, para penetrar en la realidad y distinguir qué es “lo suyo” para dar a cada uno. Una justicia vendada equivale a justicia vedada. Es que en esta historia de dicotómicos apegos y desapegos, en la que el proceso -inicial y simbióticamente ligado al derecho material- se desgarrara de éste sin admisión de zonas intermedias y se adhiriera con fervor a lo ritual, el temor operó como acicate. Lo cierto es que construir sobre el miedo limita, mientras que edificar sobre las posibilidades facilita, resuelve, y le devuelve su significado vital a la función jurisdiccional. El derecho material no es el derecho de acción, claro está, pero perder de vista que este último se encamina hacia su realización es discapacitarlo, es privarlo de su primigenio y final sentido de “afianzar la justicia”. El proceso no puede recortar al derecho a su medida para que éste pueda circular por él, pues se desvirtúa su misión instrumental. Ese derecho procesal timorato, resguardado tras un diseño uniformado de formas y uniformante de realidades, para defenderse de un Estado fantasmal, de la figura demonizada de un juez “invasivo” es el que estamos dejando atrás al tiempo que recorreremos caminos evolutivos que permiten abrir los ojos a la diversidad de derechos, a los rasgos particulares de cada situación de conflicto, a las premuras y a la prevención de los daños. Un derecho procesal que privilegie el derecho de audiencia por sobre el derecho, v.gr., a la vida y a la salud es una peligrosa deformación derivada del abuso del poder propio del proceso. De hecho, cientos de páginas vertidas en torno a una cuestión de fondo pueden desintegrarse fantásticamente entre los vericuetos del rito. El proceso es poderoso, sí. Posee las llaves de todo el derecho de fondo: decide la vida o la muerte del derecho. Abusar de



ese poder equivale a dar por tierra los fundamentos del derecho sustantivo mismo. Otorgarle superpoderes al proceso al extremo de convertirlo en renegatorio de la realidad concreta, y ciego a lo excepcional, a lo urgente, desconoce el mandato fundamental de “afianzar la justicia”. Si resignificamos al proceso en tanto realizador del derecho sustantivo y propendemos a sofisticarla como herramienta, se tornará elástico y adaptable para que todas las necesidades de los justiciables encuentren amparo ante los estrados. Sofisticar los instrumentos procesales supone concebirlos a la medida de las posibilidades de tiempo y de costos que el justo resguardo de los derechos sea capaz de sostener. Mas, elastizar no significa banalizar. Elastizar supone madurez, requiere crecimiento y conciencia de las propias posibilidades. Elastizar admite al temor sólo como sistema de alerta pero no como su fundamento y base. Elastizar es evolucionar hacia un pluralismo en el acceso a la justicia.⁵²

Los argumentos vertidos pretenden una justificación fuera del proceso y del derecho mismo, se habla de necesidades sociales apremiantes, de verdadera justicia, es claro que el discurso de la de hacer elástico el Derecho, con base al ideal del utilitarismo y del positivismo de la idea dominante se ha convertido en la idea hegemónica, en virtud a las decisiones institucionales de los tribunales de todo el orbe mundial tienden a ser cada día más poderosas, autoritarias, impartir justicia y lograr la paz social, mediante procedimientos, evitando emplear ese instrumento que estorba e incómoda llamado proceso de cognición, hay que ser intolerantes con las ideas hegemónicas aún más si las mismas se basan en el utilitarismo, Zizek (2010) “...cualquier concepto ideológico de apariencia o alcance universal poder ser hegemonizado por un contenido específico que acaba [ocupando] esa universalidad y sosteniendo su eficacia”⁵³ es decir el discurso del utilitarismo procesal sirve de *soma*⁵⁴ para dar la apariencia de un mundo feliz.

⁵² EGUREN Carolina, Las Medidas Autosatisfactivas: El gran salto evolutivo del Derecho Procesal Contemporáneo, en Activismo y Garantismo Procesal, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. pp. 121-122.

⁵³ ZIZEK Slavoj. *En defensa de la intolerancia*, trad. Javier Eraso Caballos y Antonio Fernández, España: Diario público, 2010. p.13.



Parece que el paradigma procesal dominante, trae más problemas de los que pretende solucionar, es decir el discurso institucional y estatal, nos dice que se está velando por la protección de los Derechos Humanos, por una tutela jurisdiccional efectiva, por la justicia y por la paz nadie puede hacerse justicia por su propia mano, sin embargo hoy más que nunca existe una inconformidad monstruosa por la actividad del Estado y las resoluciones de estos Tribunales impartidores de justicia pronta y expedita, que se ha dedicado a satisfacer los cotos de poder de la clase dominante, hace más de tres siglos Votaire señaló de modo magistral:

Donde el peligro y la ventaja son iguales, cesas el asombro y hasta la compasión se debilita; más si un padre de familia inocente es entregado a las manos del error, o de la pasión, o del fanatismo; si el acusado no tiene más defensa que su virtud; si los árbitros de su vida no corren más peligro al degollarle que el de equivocarse; si pueden matar impunemente con una sentencia, entonces se alza el clamor público, cada cual teme por sí mismo, se ve que nadie tiene a salvo su vida ante un tribunal erigido para velar por la vida de los ciudadanos, y todas las voces se unen para pedir venganza.⁵⁵

Es por ello que estas justificaciones del utilitarismo, que se basan en el supuesto bienestar común y el mantenimiento de la paz; criticando la propuesta de los derechos fundamentales, por considerarlos una figura fantasmal y abstracta, sin darse cuenta que los términos de bien común y paz social, son igualmente de fantasmales y abstractos; aclarado que la noción de derechos fundamentales, que impera en un estado constitucional democrático, no tiene nada de abstracta y es producto de muchos años de esfuerzos sociales, que se pretende tirar por la borda con los argumentos de la doctrina dominante, debemos recordar que “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por algún razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos,

⁵⁴ El soma es una droga que se menciona en la novela *Un Mundo Feliz*, de Aldous Huxley; en esa novela esta sustancia es proporcionada a los habitantes para tenerlos controlados y con el cerebro adormecido para que pueda mantenerse el orden y la paz que quiere el Estado.

⁵⁵ VOLTIERE, *Tratado de sobre la tolerancia*, trad. Mauro Armijo, España: Diario público, 2010, p. 81.



desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio.”⁵⁶

Es por ello que el garantismo se opone a la discrecional judicial, así como la intromisión de el poder ejecutivo y legislativo por medio de actos de autoridad, en la esfera de lo indecible, es decir en los derechos fundamentales, esto en una primera acepción, y en segundo término, es claro que cuando existen normas procesales que no respetan el derecho fundamental al contradictorio procesal, es un problema normativo de vigencia o validez de las normas secundarias, por encontrarse en disputa ya sea por laguna legal o por antinomia.

Según una primera acepción, garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de «estricta legalidad» SG propio del estado de derecho, que en él la no epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas *tout court*, de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema.⁵⁷

En una segunda acepción, garantismo designa una teoría jurídica de la «validez» y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el

⁵⁶ DWORKIN Ronald, op. cit. nota 52, p.37.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, (Teoría del garantismo penal), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995, colección: Estructuras y procesos serie Derecho, p. 854.



«ser y el deber ser» en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos...⁵⁸

El garantismo propone una visión integral del fenómeno jurídico y no meramente utilitario o legalista, para lo cual se emplea el método axiomático, es decir la dimensión sintáctica de la teoría, que comprende tres esferas la semántica, la pragmática y la sintáctica. “La primera está dedicada al contenido empírico e informativo de la teoría en relación con el derecho positivo que forma su universo de discurso. La segunda está dedicada a la finalidad explicativa de la teoría y al papel crítico y prospectivo que ésta plantea respecto del derecho, pero a partir del propio derecho. La tercera, finalmente, está dedicada a las relaciones sintácticas entre los signos de la teoría tal como resultan del método axiomático utilizado para la formación de sus conceptos y proposiciones.”⁵⁹

El lenguaje del derecho es artificial y abstracto, y su valoración debe realizarse siempre teniendo en cuenta ese aspecto, para poder hacer una debida separación entre el ser y el deber ser, esto no se puede perder de vista para justificar la vigencia de una norma y no exponer argumentos extra jurídicos como lo es una tutela urgente, o que se diga que el proceso de cognición estorba, no utilizar los criterios del garantismo, proporcionan la coherencia y el sistema del derecho, es decir se proporciona la clausura operativa de el Derecho; la semántica del derecho tienen una triple interpretación:

a) La interpretación empírica que resulta del análisis de las normas jurídicas, tal como lo desarrolla la *dogmática jurídica*, este debe de basarse en las ideas de vigencia, validez y efectividad de las normas jurídicas en un plano vertical de superior a inferior, aquí nos encontramos en el campo de la deontología, analizando el Derecho desde el punto de vista interno.

b) La interpretación empírica que resulta de la investigación sobre los comportamientos regulados por las normas, tal como la desarrolla la *sociología del derecho*, en este aspecto se analizan los comportamientos

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, *La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos*, sin trad. http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_teoría_del_derecho_saberes_jur_dicos.pdf, p. 1.



humanos de los que las normas hablan, constatando el grado de efectividad de las normas, analizando el Derecho desde el punto de vista externo.

c) La interpretación axiológica expresada por la valoración y la proyección del derecho, tal como propone la *filosofía política*, en este campo se analiza el derecho desde sus puntos interno y externo, para comprender si la norma jurídica no se ve afectado por problemas de antinomia o laguna, conforme al paradigma constitucional.⁶⁰

Con base a estos parámetros resulta completamente contrario al estado de derecho constitucional, que se proponga evitar el proceso de cognición, es claro que esa propuesta únicamente propicia el decisionismo judicial, y con ello se violan las garantías primarias y secundarias de los gobernados, es claro que el proceso es una ciencia formal, al igual que todo el Derecho, y no es válido el argumento que el formalismo es un obstáculo para la impartición de justicia o para la tutela efectiva del Derecho, o pretender que el proceso es una estrategia que usa el demandado para retardar o no pagar las obligaciones contraídas, con estos argumentos solamente se propone un derecho procesal del enemigo, la propuesta del garantismo respecto del proceso:

Se trata de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré, siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas:

A1 *Nulla poena sine crimine.*

A2 *Nullum crimen sine lege.*

A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*

A4 *Nulla necitas sine iniuria.*

AS *Nulla iniuria sine actione.*

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Pricipia iuris*, (Teoría del derecho y de la democracia), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2007, t.I teoría del derecho, colección: Estructuras y procesos serie Derecho, pp. 3-57.



A6 *Nulla actio sine culpa.*

A7 *Nulla culpa sine iudicio.*

A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*

A9 *Nulla accusatio sine probatione.*

A10 *Nulla probatio sine defensione.*⁶¹

Con base a estos parámetros la práctica de una prueba anticipada, que se hace en un procedimiento de petición, sin la citación de la contraparte, o sin su intervención efectiva, respetando los límites fijados, viola de modo claro el axioma de ninguna prueba sin defensa.

Por otro lado la doctrina dominante indica que en utilidad al bien común o la paz, se pueden establecer este tipo de figuras jurídicas, y las normas que las instituyan tendrán legitimación de toda la sociedad, este argumento es también inválido y peligroso. “Los fundamentos de la legitimidad del Poder Judicial y de su separación e independencia de los poderes políticos se identifican en suma con el doble papel de la jurisdicción: la verificación de la verdad, que requiere el carácter necesariamente libre y desinteresado de la búsqueda de lo verdadero a través de pruebas y contrapruebas; la tutela de las *libertades* —desde la libertad personal hasta la libertad de pensamiento, desde los derechos de defensa hasta las libertades políticas—, las cuales equivalen todas a otros tantos derechos de los individuos contra el poder y los intereses de la mayoría.”⁶²

Además es claro que los derechos patrimoniales del actor no pueden estar por encima de los derechos fundamentales del demandado, aclarando que los derechos patrimoniales no pueden ser considerados como fundamentales, en virtud que los derechos patrimoniales son transigibles, alienables, prescriptibles, atributos que no tienen los derechos fundamentales los que se definen como:

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit. nota 58, p. 93.

⁶² FERRAJOLI, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, trad. Miguel Carbonel, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/15/pjn/pjn2.pdf>, p. 11.



...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status*, de personas de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor los actos que son ejercicio de estas.⁶³

Con lo expuesto queda claro que la justificación extra legal, con la cual se pretende justificar el empleo de las pruebas anticipadas sin el debido derecho a la contradicción, se traduce en una violación a los derechos fundamentales, que deslegitima la actuación de los tribunales, además de proporcionar un nivel de discrecionalidad judicial, que se traduce en autoritarismo.

Es oportuno recordar que la elección de la formulación normativa (del enunciado legislativo, como diría Tarello, que resulta de la operación de fragmentación y recomposición del discurso legislativo) a la que hay que hacer referimiento para la calificación jurídica del caso, depende también de, y puede variar en relación a, posibles interpretaciones y valoraciones diversas de las pruebas y de los indicios que conciernen la *quaestio facti*.⁶⁴

2.- Cuestión de hecho o cuestión de derecho.

Una vez aclarado que no son válidos los argumentos políticos para justificar la institución del desahogo de pruebas, fuera del proceso, sin el contradictorio de ambas partes, ahora tenemos que hablar del problema epistemológico del proceso, la falta de atención por parte de la doctrina a este tema ha traído como consecuencia hablar únicamente del aspecto

⁶³ FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, (Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Cordoba, Marcos Criado, y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, cuarta edición, 2009, colección: Estructuras y procesos serie Derecho, p. 19.

⁶⁴ MAZZARESE Tecla, *Lógica Derecho, derechos*, sin trad. México, Fontamara, 2012, colección: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, p. 85.



persuasivo de los medios probatorios de lo cual se desprenden las siguientes características: “a) sostiene que el objetivo fundamental de la prueba es producir el convencimiento del juzgador (o persuasión o su íntima convicción); b) defienden una concepción fuerte y excluyente del principio de inmediación, de modo que nadie que no haya tenido acceso inmediato a las pruebas puede valorarlas o revisar su valoración; c) limita las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales a los aspectos propiamente jurídicos, no fácticos, del razonamiento y d) excluye la posibilidad de controles sobre la corrección del razonamiento probatorio en sede de recurso.”⁶⁵

Este enfoque ha causado un serio problema respecto de la epistemología jurídica, y se discute sobre los aspectos de la prueba sin bases firmes y generalmente exponiendo razones políticas o ideológicas, pero debemos tomar en cuenta que en esta apartado estamos ante dos aspectos básicos del derecho procesal, como analizamos la norma jurídica y como se interpretan los hechos.

Respecto a la proposición normativa el problema de su interpretación consiste en primer lugar en comprender que es una proposición “consideremos la comprensión como lo esencial y los signos como algo secundario.”⁶⁶ Es por ello que “...todo razonamiento no consiste más que en la comparación y en el descubrimiento de las relaciones constantes o inconstantes que dos más objetos mantienen entre sí.”⁶⁷ En este caso es la relación hechos y derecho, recordemos que los medios de prueba tienen una bifurcación natural, por un lado son abstracciones formales y artificiales que el Derecho emplea en su aspecto epistemológico y por el otro son representaciones del mundo objetivo que impacta la realidad, “las definiciones no son hipótesis, porque no dicen que las cosas definidas existan o no existan.”⁶⁸ Esta ambivalencia es notoria en el problema de la epistemología del resguardo cautelar de las

⁶⁵ LAUDAN Larry, *Verdad, error y proceso penal, (Un ensayo sobre epistemología jurídica)*, trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid, Marcial Pons, 2013, colección Filosofía y Derecho, p.17.

⁶⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Gramática Filosófica*, trad. Luis Felipe Segura, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2007, colección Filosofía contemporánea p. 1.

⁶⁷ HUME David, *Del conocimiento*, Sin Trad. España, Globus comunicaciones, 2013, Colección Filosofía hoy: los grandes pensadores, p.85.

⁶⁸ ARISTOTELES, *Tratados de Lógica, (El Organón)* México, Porrúa, decimotercera edición, 2011, colección “Sepan cuantos...” p. 231.



pruebas en el que la norma exige en todos los códigos del sistema del *civil law*, dos requisitos: la comprobación del derecho con que se pide la medida y la necesidad de la misma, concentrándose en ellos la discusión hermenéutica de este procedimiento.

...la decadencia de la técnica procesal basada en la iniciativa autónoma de las partes- a tenor de la cual, la prueba debería ser, según la expresión, *l oeuvre des parties réalisée contradictoirement*- no es sólo el reflejo de la publicización del derecho privado, sino también la consecuencia de una situación político-social que tiene entre sus componentes, por un lado, el status burocrático de los juzgadores (con todos los fenómenos conexos) y, por otro, la creciente tendencia de los particulares a fiarse en el paternalismo estatal. Se ha observado justamente, que “todo paso realizado en la dirección de la publicización del proceso...es valorado con el metro de la oportunidad...”⁶⁹

La evolución del derecho probatorio, ha tenido como consecuencia la burocratización del pensamiento judicial, por lo que se refiere a la comprobación de los hechos y del derecho, sin embargo en la postura ideológica se justifica la búsqueda de la verdad de los hechos, sin proporcionar los cánones para lograr tan ambiciosa pretensión.

...De modo que la epistemología jurídica, concebida apropiadamente, consta de dos proyectos: a) uno de carácter descriptivo, consistente en determinar cuáles de las reglas vigentes promueven facilitan la verdad y cuáles la obstaculizan, y por otro b) normativo, consiste en proponer cambios en las reglas existentes al efecto de modificar o eliminar aquéllas que constituyan impedimentos graves para la búsqueda de la verdad.⁷⁰

Es común preguntarnos qué es más importante en para autorizar el resguardo cautelar de las pruebas, los fundamentos de Derecho, o los hechos no jurídicos (físicos), o los hechos jurídicos, dependiendo donde centremos nuestro faro, será el tipo de proceso que tendremos; ahora bien, este mismo enfoque nos lleva a la idea de la verdad en el proceso, existen posturas

⁶⁹ DENTI Vittorio, *Evolución del Derecho Probatorio en los procesos civiles contemporáneos*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/6/art/art1.pdf>.

⁷⁰ LAUDAN Larry, op. cit. nota 65, p.23.



que sostienen que la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad, por el contrario otras concepciones niegan esa posibilidad.

Una de esas consecuencias es que nos podemos preguntar si, y eventualmente, en qué medida, se puede el proceso como un instrumento epistemológicamente válido y racional, esto es, si en sí mismo, el proceso es un instrumento o un método eficaz para el descubrimiento y determinación de la verdad de los hechos en los que se funda la decisión.⁷¹

Existen tres razones por las cuales se sostiene que no se puede conseguir la verdad en el proceso, las razones teóricas “...suelen ser consecuencia de un escepticismo filosófico que niega la posibilidad del conocimiento general...”⁷² esta postura es radical y no me parece adecuada, ya que se refiere al viejo problema del existencialismo, relativismo y la subjetividad cognoscitiva; es el análisis realizado desde la perspectiva del discurso de la modernidad, en mi opinión la verdad sí puede ser alcanzada, no con ello quiero decir que este sea el fin del proceso ni mucho menos, pero “...es evidente que existe la verdad, porque quien niegue su existencia concede que existe, ya que, si la verdad no existiese, sería verdad que la verdad no existe, y claro está que si algo es verdadero, es preciso que exista la verdad.”⁷³

Existen también las razones ideológicas que se “...basan en la idea de que la verdad no debe ser perseguida en el proceso (normalmente se refieren al proceso civil), y suelen tener detrás alguna concepción del mismo en la que la búsqueda de la verdad no cumple un papel relevante o positivo.”⁷⁴ Esta postura me parece adecuada ya que en el proceso no se busca la verdad o por lo menos no es la finalidad del mismo.

⁷¹ TARUFFO Michelle, *Simplemente la verdad*, (El juez y la construcción de los hechos), trad. Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons, 2010, colección: Filosofía y Derecho, p. 155.

⁷² GONZÁLEZ Lagier, Daniel, *Quaestio facti (ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*, México, Fontamara, 2013, colección, Biblioteca de ética, filosofía y política, p.16.

⁷³ DE AQUINO, Tomas, *Suma Teológica*, (tomo I), Perú, Universo S.A., 1970, p. 26.

⁷⁴ GONZÁLEZ Lagier, Daniel, op. cit. nota 73, p.16.



Por último las razones técnicas “...se basan en la imposibilidad fáctica de encontrar la verdad a través del proceso, bien porque el juez no puede tener conocimiento directo de la realidad, o bien por limitaciones de tiempo o circunstancias de este estilo.”⁷⁵

La oposición hasta ahora ilustrada entre garantismo y autoritarismo en el derecho penal corresponde, pues, a una alternativa entre dos epistemología judiciales distintas: entre cognoscitividad y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad. Si una justicia penal completamente «con verdad» constituye una utopía, una justicia penal completamente «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad.⁷⁶

Realizadas las precisiones respecto de la verdad y el proceso, continúa aquejado la interrogante de que hechos son los que vamos a probar en el proceso, es decir cuál es el objeto de la confirmación procesal.

Si la discusión se centrara exclusivamente en el concepto de prueba, realmente sería razonable que solo los hechos fueran el objeto de la misma. Pero entonces acontecería que se ha cometido una contradicción al incluir el derecho extranjero, las reglas de experiencia y las costumbres, porque ninguno de ellos se prueba. No el derecho porque todo lo más: se constata o interpreta. No las reglas de experiencia que se acreditan o se llevan en el convencimiento. No la costumbre por ser derecho como el extranjero. Ni siquiera los hechos futuros, como el cálculo del lucro cesante por actividades posteriores, ya que aquí no hay prueba sino eso: cálculo, es decir, operaciones técnicas paralelas a la construcción de una casa, a la siembra de un campo, a la invariación de normas en el contrato. Operar simbólica o materialmente para lograr un fin, sólo puede ser prueba cuando se realiza una función de interdependencia: confirmar calculando el daño cuantificado de antemano; pero calcular para el futuro es solamente calcular. Que

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi, op. cit. nota 58, p. 45.



el cálculo puede ser objeto de prueba es algo diverso y para ello se acude a las reglas matemáticas.⁷⁷

En el proceso existe un sistema preestablecido de validez formal de las pretensiones realizadas por las partes, este se encuentra reglamentado en los códigos procesales y se le conoce técnicamente como sistemas de valoración de las pruebas, pero por regla general dicho sistema de validez se refiere a las condiciones formales que debe contener el medio de confirmación procesal; y existe la incertidumbre de qué hacer con los hechos, lo cual se traduce sin lugar a dudas en una crisis del derecho procesal en su faceta de impartición de justicia.

Riprendendo qui il discorso appena svolto sulle garanzie fondamentali del processo, si potrebbe dire infatti che vi é crisi tutte le volte e nella misura in cui queste garanzie non vengono attuate nella realtà pratica. in questo modo la durata eccessiva del processo si configura certamente come una ragione importante di crisi, in quanto implica la violazione della garanzia del processo costituita dalla rapidità, dalla semplicità e dalla efficienza del procedimento. poiché, effettiva, e chiaro che la durata eccessiva del procedimento produce una crisi di effettività del sistema processuale.⁷⁸

He establecido que existen distintos tipos de hechos, pero al proceso solo le importan los hechos jurídicos, y no así los hechos no jurídicos (físicos), y no todos los hechos jurídicos, el proceso centra su atención en los hechos jurídicos voluntarios, ya sean intencionales o no; para con ello poder establecer los efectos jurídicos de dichos actos.

En el debate procesal, las partes son las que le exponen al órgano de decisión, los hechos jurídicos que motivan sus respectivas pretensiones, es así en todo proceso, estos

⁷⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T. IV. p. 355.

⁷⁸ TARUFFO Michelle, *Riflessioni su garantismi e garantie*, en *Garantismo y Crisis de la Justicia*, Medellín, Universidad de Medellín, 2010, p. 330: "Recuperar el discurso aquí sólo hecho de las garantías fundamentales del proceso, de hecho, se podría decir que hay crisis en todo momento y en la medida en que estas medidas de seguridad no se aplican en la realidad práctica. de esta manera la excesiva duración del proceso sin duda se configura como una razón importante para la crisis, ya que implica la violación de la garantía constituida por la rapidez del proceso, desde la sencillez y la eficiencia del proceso. Porqué, en realidad, es evidente que la duración excesiva del proceso produce una crisis de efectividad de la estructura del sistema". Traducción hecha por el autor, por lo que se disculpa por cualquier error en ella.



hechos son el sustento de la decisión, ahora bien es ilógico que se pretenda que el proceso fije su atención a los hechos no jurídicos, es decir lo que realmente ocurre o hechos que no tienen trascendencia en el mundo jurídico. “La finalidad de las tareas hermenéuticas es conocer el sentido de las normas que pretenden aplicar a situaciones particulares.”⁷⁹ La norma, el hecho jurídico, sus efectos jurídicos y la causa de los mismos, será entonces el contenido de la decisión procesal, tomemos en cuenta que debemos referirnos al aspecto puramente la de lógica formal, cuando hablamos de dicha determinación procesal, tomando este enfoque es posible que la sentencia tome un nuevo aspecto y no una verdad formal, como indican la mayoría de los códigos procesales.

Debe reconocerse que al proceso, en la demanda o en la acusación, se llevan hipótesis que deberían ser probadas y que, ante la imposibilidad de hacerlo, se acude a otros expedientes como la convicción, la demostración, o el acreditamiento. Pero cuando se pudiera probar toda hipótesis implicada en una pretensión procesal, se tendría la seguridad de que las sentencias estarían verdaderamente motivadas en lo fáctico. El dueño del apartamento dice Sttebing que habiendo formulado la hipótesis de que le han robado, efectúa una búsqueda a fin de descubrir si sus cubiertos de plata han desaparecido, está probando experimentalmente en cuando verifica la desaparición. Desde el punto de vista lógico, se debe reconocer que hay experimento ahí donde haya observación deliberada de resultados esperados. El razonamiento, es decir el desarrollo deductivo de las hipótesis, debe ser probado recurriendo a la experiencia. Si una hipótesis conduce a la conclusión de que, en ciertas condiciones, algún acontecimiento definido tendrá lugar, se pueden producir esas condiciones interrogando a la naturaleza. Las preguntas son agudas cuando se espera ya la respuesta.⁸⁰

⁷⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, Fontarama, 2007, colección Argumentos, p. 19.

⁸⁰ BRISEÑO SIERRA, Humberto, op. cit. nota 78, p. 357.



Debemos tomar a los hechos jurídicos afirmados por las partes como los únicos hechos que son importantes para el proceso, y dichos hechos deben calificarse como proposiciones desde el punto de vista lógico formal, para evitar el problema hermenéutico que lleva inmerso decidir en la sentencia, ya que esta “...puede referirse a hechos independientes de la conducta o de cualquiera intención significativa; entonces se trata de entender acontecimientos o fenómenos a los que no se halla ligado el propósito de expresar algo, pero que, no obstante encierran para nosotros un significado.”⁸¹

Parece entonces claro que en el proceso se va a debatir respecto de los efectos jurídicos que tienen determinados hechos jurídicos afirmados por las partes, de este modo las decisiones judiciales tomaran un nuevo sentido así como la elaboración de los respectivos escritos iniciales no tendrá caso más hablar de hechos notorios, o debatir respecto de hechos físicos, podremos centrar el debate y su decisión únicamente en los efectos jurídicos que producirán o no los hechos jurídicos debatidos.

Teniendo como base lo manifestado me parece que los hechos jurídicos afirmados en el proceso los podemos dividir a su vez en los siguientes:

a) Hecho jurídico constitutivo: Es el que sostiene la causalidad entre el hecho jurídico y sus efectos jurídicos, es decir en virtud del hecho jurídico la ley asigna las consecuencias del mismo.⁸²

b) Hecho jurídico extintivo: En este la relación de causalidad del hecho jurídico tiene una consecuencia liberatoria de obligaciones normativas.⁸³

c) Hecho jurídico invalidativo: Este tipo de hecho se refiere a las consecuencias jurídicas de los hechos jurídicos extintivos, en virtud de las cuales no se extingue la obligación.⁸⁴

⁸¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, op. cit. nota 81, p. 19.

⁸² Confróntese con ALVARADO, Adolfo, y Guido, Aguila, op. cit. nota 39. pp. 486- 488.

⁸³ Confróntese ídem.

⁸⁴ Confróntese ídem.



d) Hecho jurídico convalidativo: este hecho se refiere exclusivamente a la parte deóntica de las normas jurídicas en virtud de la cual, una permisión es cancelada por un hecho jurídico posterior, este hecho tiene efectos jurídicos constitutivos.⁸⁵

e) Hecho jurídico impeditivo: Es el que produce efectos jurídicos respecto de la propia relación jurídica y sus consecuencias, con relación a la propia existencia del negocio jurídico, delito, acto administrativo, relación laboral, sanción administrativa, o del propio proceso y de sus vicios formales de constitución legal.⁸⁶

Con esta clasificación de los hechos resulta fundamental y necesario cambiar nuestro enfoque de los hechos jurídicos y su prueba en el proceso, en primer lugar se debe de abandonar la conceptualización de prueba, que no constituye avance alguno, sin importar el enfoque que se le pretenda otorgar: *acreditación, verificación, comprobación, búsqueda de la verdad real, de certeza, convicción, confirmación*, etcétera, ya que esta concepción de la prueba ocasiona que las sentencias emitidas en proceso partan de “...la asunción de que el lenguaje no tiene ninguna correlación con la realidad y que no existe conocimiento objetivo de hecho empírico alguno.”⁸⁷ Motivo por el cual es imposible que el Juez, descubra la verdad de los hechos que ante él se presentan, notemos la contradicción; por un lado se nos indica que la prueba tiene como finalidad descubrir la verdad; y por otro se nos dice que el proceso nunca tiene por objeto descubrir la verdad, sino resolver conflictos intersubjetivos, por medio de una sentencia.

3.- Epistemología de los medios de razonabilidad procesal.

Conceptualizar la palabra prueba y su resguardo cautelar desde el punto de vista del Derecho Procesal, es una de las tareas más complejas, es por ello que múltiples autores han realizado los más diversos estudios al respecto, realizando una rápida y superficial revisión de

⁸⁵ Confróntese ídem.

⁸⁶ Confróntese ídem.

⁸⁷ TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, 2ª edición, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trota, 2005, colección, Estructuras y procesos, p.33.



dichos estudios podemos indicar que hay doctrinarios que le otorgan un exacto significado científico, en tanto que otros hablan de:

1. *acreditación* (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de
2. *verificación* (es comprobar la verdad de algo), y de
3. *comprobación* (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de
4. *búsqueda de la verdad real, de certeza* (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de
5. *convicción* (resultando de precisar a uno. con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras. aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera.⁸⁸

Resulta claro que no existe una idea generalizada respecto de la palabra prueba, lo cual ocasiona múltiples problemas, en el proceso jurisdiccional, cognitivo contencioso, es decir al no saber qué es la prueba, el juzgador interpreta de distinto modo, que las partes, los elementos fundamentales para acreditar las pretensiones solicitadas en el proceso.

Una de las primeras objeciones que realizamos respecto al estudio actual de la prueba, es que en la práctica forense, no se aplica nada de lo que nos dice la doctrina, es decir, la dogmática de modo general establece que el objeto de la prueba es descubrir la verdad, pero las partes en el proceso y el juzgador, saben que la sentencia no contiene verdad, respecto de los hechos debatidos, es por ello que de modo general en existe repudio social, por las decisiones jurisdiccionales.

Pero, ¿Qué debemos entender por prueba? La conceptualización general del vocablo nos indica que es: “un procedimiento adecuado para establecer un saber, esto es, un

⁸⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. p. 13.



conocimiento válido⁸⁹ de esta idea se parte al hablar de la prueba en el derecho procesal, ya que de acuerdo con la misma, las pruebas nos permiten establecer la verdad de un conocimiento, en este caso los hechos manifestados por las partes, es esta la idea que diversos autores toman como válida⁹⁰, pero la conceptualización de la palabra abarca mucho más aspectos que el indicado, la prueba es un término más amplio que el de demostración, que usualmente se usa como sinónimo, es decir “...las demostraciones son pruebas, pero no todas las pruebas son demostraciones.”⁹¹ Es claro que la conceptualización de la palabra prueba presenta dificultades enormes, que no son examinadas en la materia procesal.

Aristóteles indica que “...prueba es lo que produce el saber...”⁹², es por ello que en su obra filosófica distingue entre prueba e indicio⁹³, señalando que los segundos no son pruebas, sino meras suposiciones, sin embargo, se puede constatar que en cualquier código de procesal que los indicios constituyen pruebas, ¿Porqué ocurren estas contradicciones? ¿Por qué la doctrina procesal ha perdido el rumbo lógico filosófico? Siguiendo la evolución del concepto prueba, observamos que Locke define a la prueba del siguiente modo:

...estas ideas intervinientes que sirven para mostrar el acuerdo entre dos ideas se llama prueba y cuando, por medio de esas pruebas, se percibe llana y claramente el acuerdo o desacuerdo, a eso se llama demostración, puesto que dicho acuerdo o desacuerdo le ha sido mostrado al entendimiento y a la mente se le hace ver así es y no de otro modo.⁹⁴

Como se puede apreciar en este acercamiento somero, la idea de prueba, es siempre que produce un conocimiento verdadero, o que no admite discusión, situación que no es aplicable al

⁸⁹ ABBAGANANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2ª. ed., trad. de Alfredo N. Galletti, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 963.

⁹⁰ Véase Devis Echandía, Hernando, *Compendio de pruebas judiciales*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni S.C.C., 1984, T. I, pp. 25-28. también Framarino dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2006, T.I, colección Clásicos del Derecho, pp. 20-22.

⁹¹ ABBAGANANO, Nicola, op. cit., nota 1, p. 963.

⁹² Ídem.

⁹³ Véase ARISTÓTELES, *Metafísica*, 3a. edición, México, 1973, colección “Sepan Cuantos...”, pp. 31-34

⁹⁴ ABBAGANANO, Nicola, op. Cit., nota 93, p. 963.



proceso cognitivo jurisdiccional, ya que en el proceso no tiene como finalidad descubrir la verdad⁹⁵.

Resulta claro que en el proceso nunca se llega a establecer la verdad⁹⁶ en una sentencia, las partes en el proceso *afirman mentiras*, con la finalidad de acreditar sus dichos y la sentencia sea favorable, los testigos siempre declaran a favor de la parte que los presenta, las confesionales provocadas mediante la absoluciónde posiciones, generalmente en el desahogo de la prueba las partes niegan todos los hechos que se les imputas, los peritos técnicos⁹⁷, presentan sus dictámenes y conclusiones siempre en a favor de la parte que lo ofrece y cubre sus honorarios, motivos por los cuales resulta ingenuo creer que en las sentencias se establece verdad como afirma la doctrina dominante.

En nuestra opinión, el conflicto de la prueba, el proceso y la verdad, consiste en un problema de adquisición de conocimiento, es decir de *epistemología*, ya que es claro que el paradigma dominante en la dogmatica jurídica procesal, construida alrededor de una filosofía que “...se ha vuelto insostenible, y, sin embargo a ella permaneció ligada todavía la vieja Teoría Crítica.”⁹⁸ Es claro que el pensamiento jurídico procesal actual en nuestro país, tiene una clara construcción epistemológica, realista, estructuralista- individualista⁹⁹, trascendental¹⁰⁰, en virtud de esta construcción del conocimiento y a su vez de la realidad, es que se afirma que el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, construye decisiones no verdadera (verdad formal), a las que

⁹⁵ Cfr. ALVARADO, Adolfo, y Guido, Aguila, op. cit. nota 39, pp. 17-19.

⁹⁶ No existen diversos tipos de verdad, como se afirma por diversos procesalistas, es decir no existe verdad formal y material, la verdad es única y de modo muy somero se indica que ella, es la adecuación del pensamiento con la experiencia objetiva respecto de las cuestiones fácticas; por ello indicamos que la verdad formal que en esencia es una verdad falsa (vaya contradicción), ya que su propia definición indica que no se corresponde con la verdad material.

⁹⁷ Realizamos la división entre peritos científicos: que son aquellos que realizan sus dictámenes con base a métodos estrictos y que son reproducibles, de modo tal que sus conclusiones se pueden repetir en circunstancias similares, motivo por el cual tienen un alto grado de aceptabilidad, como ejemplo de ellos tenemos dictámenes en ADN, en química sanguínea, etcétera; los peritos técnicos, son aquellos en los que se emite solamente una opinión, respecto al problema planteado, como ejemplo tenemos dictámenes en grafoscopia, documentoscopia, tránsito terrestre, etcétera, por lo común son estos últimos los más empleados por las partes en el proceso.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa II (crítica de la razón funcionalista)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1992, p. 562.

⁹⁹ Altamente influenciado por la forma de percibir la sociedad de Max Weber.

¹⁰⁰ Sin duda por una mala interpretación de los postulados filosóficos de Imanuel Kant y Hegel, respectivamente.



llamadas por nuestros códigos como presunciones de verdad¹⁰¹, en virtud de la cual, lo dicho y decidido en el proceso se vuelve por arte de magia, en verdad, esta concepción, impacta directamente en el estudio de los medios probatorios, que en el proceso, tienen como finalidad (según la doctrina dominante) descubrir la verdad, analicemos un segundo, esta situación con un ejemplo un poco extremo pero que lo consideramos ideal para los propósitos de estas líneas, recordemos que ocurrió en el proceso de Galileo Galei, que en el año de 1635, fue juzgado por el Tribunal de la Inquisición, por haber cometido el pecado, de postular una doctrina distinta a la aceptada por la Iglesia, en el sentido que es el Sol el centro de nuestro sistema planetario y la Tierra se mueve alrededor de él, una vez sometido a proceso Galileo, en confesión, indica, que abandonaba por completo la falsa opinión de que el Sol era el centro del mundo y permanece inmóvil mientras la Tierra no se halla en el centro y se mueve, con base a esta prueba el Tribunal de la Inquisición, absolvió de su pecado a Galileo, y en su resolución indicó que el Sol gira alrededor de la Tierra, según la teoría de la presunción de verdad, lo declarado por esa sentencia es verdadero formalmente, es decir, *el sol gira en torno a nuestro planeta*, es claro que resulta ilógico tratar de fundamentar que cada vez que se emita un fallo con base a los medios probatorios que obran en el expediente, deba crearse una ficción de verdad, donde lo falso se convierte en cierto, lo negro en blanco, lo grande en pequeño; lo cual no puede sostenerse por ningún argumento lógico o jurídico, en esto, al igual que la teoría de la presunción de verdad, Ambas doctrinas, coinciden en que la cosa juzgada es el equivalente de la verdad.

Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben de producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del Derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero del Derecho como un sistema de norma al derecho como un sujeto

¹⁰¹ Esta teoría es la más aceptada a nivel mundial, en los países donde su ascendencia jurídica es la romano-francesa, como es el caso de México, es la primera idea que se concibió, para tratar de explicar la naturaleza de la cosa juzgada, podemos afirmar que los romanos lograron impedir que lo resuelto en juicio pudiera nuevamente revisarse.



epistemológico.¹⁰²

Resulta fundamental y necesario cambiar nuestro enfoque de la prueba en el proceso, en primer lugar se debe de abandonar la conceptualización de prueba, que no constituye avance alguno, sin importar el enfoque que se le pretenda otorgar: *acreditación, verificación, comprobación, búsqueda de la verdad real, de certeza, convicción*, etcétera, ya que esta concepción de la prueba ocasiona que las sentencias emitidas en proceso partan de “...la asunción de que el lenguaje no tiene ninguna correlación con la realidad y que no existe conocimiento objetivo de hecho empírico alguno.”¹⁰³ Motivo por el cual es imposible que el Juez, descubra la verdad de los hechos que ante él se presentan, notemos la contradicción; por un lado se nos indica que la prueba tiene como finalidad descubrir la verdad; y por otro se nos dice que el proceso nunca tiene por objeto descubrir la verdad, sino resolver conflictos intersubjetivos, por medio de una sentencia.

Una vez sentado lo anterior nos resulta claro que no debemos hablar de prueba en el proceso jurisdiccional, sino emplear el término de *razonalidad procesal*, que tiene menos que ver con el conocimiento o con la adquisición de conocimiento, que con la forma en que los sujetos capaces de lenguaje y de acción hacen uso del conocimiento, resulta claro que el proceso no es una serie de relaciones jurídicas como nos indica la mayoría de los doctrinarios, sino que es un *proceso comunicativo, autopoietico*¹⁰⁴, con la *clausura operativa*¹⁰⁵ que permita su *autodeterminación*¹⁰⁶ y lo vuelva *sistémico*¹⁰⁷.

En el discurso de racionalidad empleado por las partes para justificar sus aseveraciones procesales y a su vez por el juzgador para comunicar su dicho tiene tres vertientes que pasan desapercibidas generalmente la *argumentación forense como proceso*, trata de reconstruir las

¹⁰² TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, trad. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez- Jara Díez, Lima, Ara editores, 2005, colección, Teoría de sistemas y sistema jurídico, p. 29.

¹⁰³ TARUFFO, Michelle, op. cit. nota 89, p. 33.

¹⁰⁴ Afirma que sin clausura operativa no podría darse la autodeterminación.

¹⁰⁵ Enlace selectivo que cualifica los elementos y sólo esto es lo que confiere sentido a que se hable de elementos propios del sistema, de límites del sistema, o de diferenciación

¹⁰⁶ Señala que ninguna estructura que provenga de fuera del sistema puede alertar la reglamentación del mismo.

¹⁰⁷ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad, 2ª edición*, trad. Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005, pp. 61- 77.



condiciones generales de simetría que todo hablante competente tiene que dar por suficientemente satisfechas en la medida en que cree entrar genuinamente en una argumentación¹⁰⁸, la *argumentación forense como procedimiento*, se trata de una forma de interacción intraprocedimental, sometida a una regulación normativa legal y discursiva especial, es decir el debate argumentativo, respecto de las pretensiones de validez de los argumentos vertidos entre las partes procesales; y por último la *argumentación como producto*, que tiene como finalidad producir argumentos pertinentes, que convencan, al juzgador y a las partes, en virtud de sus propiedades intrínsecas, con los cuales se pueda desempeñar o rechazar las pretensiones de validez¹⁰⁹.

Con base a lo expuesto se propone que en lugar de medios probatorios procesales, nos refiramos a medios de razonabilidad procesal, entendiéndose por ellos, todos aquellos elementos, objetivos y subjetivos, empleados por las partes procesales, en el proceso jurisdiccional cognitivo, para producir *racionalidad* procesal¹¹⁰, en virtud del sistema normativo legal, preestablecido de pretensiones de validez argumentativas, para calificar el discurso forense.

Analicemos los problemas técnicos de la razonabilidad procesal, siguiendo el camino trazado por el maestro Coture y enriquecido por Sentis Melendo,

2. Que es objeto de la razonabilidad procesal.

Es común que se nos diga que “...se prueban los hechos. No. Los hechos no se prueban: los hechos existen. Lo que se prueban son afirmaciones, que podrán referirse a los hechos.”¹¹¹ En el proceso cognitivo jurisdiccional, son objeto de prueba los hechos alegados por las partes.

Así tenemos que en el proceso jurisdiccional existe siempre *argumentaciones*, realizadas

¹⁰⁸ Véase HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I (racionalidad de la acción y racionalización social)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1987, pp. 43-63.

¹⁰⁹ Entiéndase por ellas la pertinencia de las razones que exponen un argumento.

¹¹⁰ Entendida como la capacidad de aunar sin coacciones y de generar consenso que tiene un habla argumentativa en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista y merced a una comunidad de convicciones racionalmente motivada se aseguran a la vez de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que desarrollan sus vidas.

¹¹¹ SENTIS MELENDO, Santiago, *La prueba (los grandes temas del derecho probatorio)*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1979, colección Ciencia del proceso, p. 12.



por las partes, con las cuales se conforma el tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez, que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos, para obtener una sentencia favorable.

En el proceso no se probaran hechos, ya que recordemos que se discuten hechos pasados, en el tiempo presente, para regular el futuro.

3. Con que se produce la razonabilidad procesal.

Existen dos tipos de elementos para producir razonabilidad procesal, las fuentes de razonabilidad y los medios de razonabilidad¹¹², las fuentes son los elementos que existen antes del proceso y con independencia de éste (el testigo, documentos, la cosa litigiosa, las partes) los medios son las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso por medio de un conjunto de reglamentaciones positivas, principios y doctrina, que regulan el proceso y establecen un sistema de pretensiones de validez para resolver el debate. Las fuentes pertenecen a las partes, y los medios son el resorte de del juez¹¹³.

4. Quien ha de producir la razonabilidad procesal.

Este aspecto resulta como regla general, que quien afirma está obligado a probar, para poder realizar esta actividad, se indica que son las partes y únicamente las partes las que tienen la carga de justificar sus aseveraciones, para ello se han establecido un sistema probatorio, que es el conjunto de medios de prueba que se autorizan emplear a las partes en los procesos; el legislador ha establecido los medios probatorios para encontrar la verdad en la secuela procedimental, debiéndose usar únicamente los reglamentados por la ley; en las leyes procesales se delimitan con nombres específicos los medios probatorios, o solamente lo autorizan genéricamente sin establecer cuales ni cuantos y algunas leyes procesales abarcan cuanto la enumeración como la libertad probatoria, de lo dicho se desprende que existen los sistemas legal y lógico de los medios probatorios.

¹¹² Cfr. *ibídem*, p. 14.

¹¹³ *Ibídem*, p. 16.



Existe el sistema legal, se refiere a la reglamentación taxativa que hace la ley respecto a los medios probatorios a emplear en el transcurso del procedimiento penal, sin que permita otros medios probatorios, el *sistema lógico*, consiste en que la propia ley deja abierta la posibilidad de hacer use de cualquier elemento probatorio durante el procedimiento; por consiguiente, el sistema lógico de los medios de la prueba que deja libertad al oferente para utilizar todos los elementos probatorios, con la finalidad de justificar sus aseveraciones respecto al hecho ilícito punible, sus circunstancias o modalidades, debe considerarse bajo el presupuesto de que estos medio aportados sea idóneos para justificar los objetivos del interesado, porque de no ser pertinentes, carecerán de utilidad en el proceso, estos sistemas constituyen los límites *de la argumentación*, que son el marco dentro del cual se puede llevar una argumentación, que se condiciona por elementos internos y externos del auditorio, el emitente y el mensaje, que son fijados por la norma procesal, la razonabilidad procesal únicamente se presenta con base al acuerdo, que es el convenio entre los participantes de una argumentación que limita el debate, se da con los escritos de demanda y contestación de la demanda, ya que como regla general existe un sistema de litis cerrada procesal, una vez establecido el acuerdo o límites de la argumentación procesal, ocurre por las partes la *presentación de datos*, es la forma en que se otorga el respaldo y la garantía de los argumentos presentados con la finalidad de convencer y respaldar nuestras pretensiones y lograr razonabilidad en el juzgador.

5. Procedimiento de la razonabilidad procesal.

Para producir razonabilidad procesal, solamente se puede hacer por medio de procedimientos previamente establecidos por la norma procesal, si no se cumplen con los presupuestos otorgados por la ley procesal, las fuentes de razonabilidad no podrán convertirse en medios de razonabilidad.

Este es el elemento formal de la razonabilidad, sino se hacen llegar los medios de razonabilidad, del modo rígido establecido por la norma los mismos no pueden ser tomados en cuenta al momento de resolver el fondo del debate.



6. Para quien se produce la razonabilidad procesal.

La razonabilidad procesal, no se produce para las partes, ni para el juzgador, el principio de adquisición nos indica que las fuentes de razonabilidad, dejan de ser de las partes, para existir en el proceso.¹¹⁴

7. Valor de la razonabilidad procesal.

Qué valor se le va otorgar a los elementos de razonabilidad procesal, es una cuestión por demás complicado, este tema es normalmente estudiado como los *sistemas de valoración de las pruebas*, "Cuando las pruebas se han adquirido, hay que valorarlas, en el momento solemne del proceso para llegar a la sentencia, para construir ésta definitivamente."¹¹⁵

Aunque la mayoría de los autores incluyen en sus conceptos los elementos, actividad mental del juzgador, finalidad, convicción o certeza, para llegar a la verdad, por medio de la valoración de la prueba¹¹⁶, existen diversos sistemas para valorar las fuentes de razonabilidad, de modo general señálanos los siguientes, *el sistema tasado*, también conocido como sistema legal; en él se fijan reglas legales para el convencimiento del juzgador, por lo que la ley le fija valor a los medios prueba en forma taxativa, este sistema de valoración tasada lo acoge de modo general la mayoría de los códigos procesales, de nuestro país, ya sea local o federal, en todas las materias, *el sistema de libre apreciación*, en este sistema el juzgador no se rige por ningún criterio establecido con antelación en la ley, puesto que lo dejan en libertad de aplicar su propio juicio, de acuerdo a lo que considere adecuado, por lo tanto, él mismo le fija el valor a la prueba; a este sistema también se le conoce como libre convencimiento; *el sistema mixto* es el producto de la combinación de los sistemas: tasado y el de libre apreciación, sin embargo, muchos autores niegan su existencia, en virtud del principio lógico de tercero excluido como lo manifiesta Hernando Devis Echandía, cuando afirma que:

¹¹⁴ Ibídem. 20.

¹¹⁵ Ibídem 20-21.

¹¹⁶ Confróntese POLANCO BRAGA, Elías, *La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal*, México, Porrúa, 2012, pp.9-38.



No hay sistemas mixtos o el juez tiene libertad de apreciación, o no la tiene; no existe libertad a medias. Cuando la ley impone reglas de valoración para ciertas pruebas y deja al juez el determinar la fuerza de convicción de otras o le permite calificar su contenido para rechazarlas a pesar de que formalmente reúnan los requisitos para su obligatoriedad... existen atenuaciones al sistema de la tarifa legal y no un sistema mixto.¹¹⁷

Por último el sistema de la sana crítica, en este sistema es requisito fundamentar el por qué le formo convicción al juzgador los medios de pruebas en su conjunto, puesto que no se debe dejar de valorar los que existan en el proceso, con la debida aplicación de la experiencia jurídica, puesto que los juzgadores son peritos en derecho y por último, que su resolución sea lógica con las constancias del expediente; en síntesis, se le debe dejar al juzgador discernir con absoluta libertad para tener por probados los hechos ilícitos con sus circunstancias o modalidades con los medios de prueba que existen en autos, con la única limitación que razone el por qué le produjeron convicción para apreciar la verdad y poder condenar o absolver.

Ahora bien es necesario hablar del sistema de *racionalidad cognitivo- instrumental*, que es aquel que a través del empirismo ha dejado una profunda impronta en la autocomprensión de la modernidad, es decir es la posibilidad de manipular infamadamente y de adaptarse inteligentemente a las condiciones de un entorno, este tiene como base las *pretensiones de validez* de los argumentos vertidos por las partes en el proceso, valorando con ello la pertinencia de las razones que exponen un argumento, realizando con estas pretensiones preestablecidas por el código procesal se produce la *acción comunicativa en la sentencia* como forma de pensamiento que permite una categorización del plexo de la vida social, con la que se puede dar razón de las paradojas de la modernidad y proporcionar decisiones razonables para las partes que intervienen en el proceso, y los terceros que no fueron parte, en virtud del acuerdo argumentativo.

¹¹⁷ Ibídem. p. 44.



V. Conclusiones.

Primero La naturaleza del proceso jurisdiccional, es comunicativa, autopoiética, con clausura operativa que permite su autodeterminación, con pretensiones de validez previamente preestablecidas, de los medios y fuentes de razonabilidad.

Segundo Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben de producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del Derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero del Derecho como un sistema de norma al derecho como un sujeto epistemológico.

Tercero Resulta claro que no debemos hablar de prueba en el proceso jurisdiccional, sino emplear el término de *razonabilidad procesal*.

Cuarto En el proceso cognitivo jurisdiccional, son objeto de prueba los hechos alegados por las partes.

Quinto Es Violatorio de Derechos fundamentales el desahogo de un medio de razonabilidad procesal sin la intervención de ambas partes.

Sexto La legitimación de las decisiones procesales y de los institutos procesales, no depende del conceso popular, sino de la vigencia y validez de las mismas, respetando siempre el debido proceso como esfera de los indecible.

Séptimo Existen dos tipos de elementos para producir razonabilidad procesal, las fuentes de razonabilidad y los medios de razonabilidad, las fuentes son los elementos que existen antes del proceso y con independencia de éste (el testigo, documentos, la cosa litigiosa, las partes) los medios son las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso por medio de un conjunto de reglamentaciones positivas.

Octavo Son las partes y únicamente las partes las que tienen la carga de justificar sus aseveraciones.



Noveno Existen límites *de la argumentación procesal*, que son el marco dentro del cual se puede llevar una argumentación, que se condiciona por elementos internos y externos del auditorio, el emisor y el mensaje, que son fijados por la norma procesal.

Décimo La razonabilidad procesal únicamente se presenta con base al acuerdo, que es el convenio entre los participantes de una argumentación que limita el debate, se da con los escritos de demanda y contestación de la demanda, ya que como regla general existe un sistema de litis cerrada procesal.

Undécimo La *presentación de datos*, es la forma en que se otorga el respaldo y la garantía de los argumentos presentados con la finalidad de convencer y respaldar nuestras pretensiones y lograr razonabilidad en el juzgador.

Duodécimo La razonabilidad procesal, no se produce para las partes, ni para el juzgador, el principio de adquisición nos indica que las fuentes de razonabilidad, dejan de ser de las partes, para existir en el proceso.

Decimotercero En la actualidad es necesario hablar del sistema de *racionalidad cognitivo- instrumental*, que tiene como base las *pretensiones de validez* de los argumentos vertidos por las partes en el proceso, valorando con ello la pertinencia de las razones que exponen un argumento, con lo cual se produce la *acción comunicativa en la sentencia* como forma de pensamiento que permite una categorización del plexo de la vida social, con la que se puede dar razón de las paradojas de la modernidad y proporcionar decisiones razonables para las partes que intervienen en el proceso, y los tercero que no fueron parte, en virtud del acuerdo argumentativo.

VI.- Bibliografía.

ABBAGANANO, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2ª edición, trad. de Alfredo N. Galletti, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.



ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, colección El derecho y la justicia.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

ALVARADO, Adolfo, y Guido, Aguila, *Lecciones de derecho procesal civil*, 2ª edición, Lima, EGACAL, 2011.

ARISTÓTELES, *Metafísica*, 3a. edición, México, Porrúa, 1973, colección “Sepan cuantos...”.

ARISTOTELES, *Tratados de Lógica, (El Organón)* México, Porrúa, decimotercera edición, 2011, colección “Sepan cuantos...”.

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Ossorio Florit, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1971, colección Clásicos del derecho procesal.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El Juicio Ordinario Civil (doctrina, legislación y jurisprudencia mexicanas)* México, Trillas, 1975. T.I.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T.I.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T.II.

Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Cárdenas Editores, 1970, T. IV.

CALAMANDREI, Piero, *Providencias Cautelares*, trad. Santiago Sentís Meleno, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1984.

CAPPELETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Meleno, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1972, colección Ciencia del proceso.

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2005, T.II, colección Clásicos del derecho.



CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2008, T.III, colección Clásicos del derecho.

COUTURE, J. Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª edición, México, Editorial Nacional, S.A, 1981.

De Aquino, Tomas, *Suma Teológica*, (tomo I), Perú, Universo S.A., 1970.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de pruebas judiciales*, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni S.C.C., 1984, T. I.

DÖHRING, Erich, *La prueba (su práctica y apreciación)*, trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1972, colección Ciencia del proceso.

DWORKIN Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.

EGUREN Carolina, *Las Medidas Autosatisfactivas: El gran salto evolutivo del Derecho Procesal Contemporáneo*, en *Activismo y Garantismo Procesal*, Cordoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, (Teoría del garantismo penal), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995, colección: Estructuras y procesos serie Derecho.

FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, (Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Antonio Cabo, Miguel Carbonell, Lorenzo Cordoba, Marcos Criado, y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, cuarta edición, 2009, colección: Estructuras y procesos serie Derecho.

FERRAJOLI, Luigi, *Pricipia iuris*, (Teoría del derecho y de la democracia), trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2007, t.I teoría del derecho, colección: Estructuras y procesos serie Derecho, pp. 3-57.



FRAMARINO DEI, MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2006, T.I, colección Clásicos del derecho.

GADAMER, Hans- Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1999, T.I, colección Hermenéutica.

GASCON ABELLADAN, Marina, *La prueba de los hechos*, México, Instituto Federal Electoral, 2004.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, trad. Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, S.A., 1936.

González Lagier, Daniel, *Quaestio facti (ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*, México, Fontamara, 2013, colección, Biblioteca de ética, filosofía y política.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez, (sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)*, 4ª edición, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trota, 2005.

-----, *Teoría de la acción comunicativa I (racionalidad de la acción y racionalización social)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1987.

-----, *Teoría de la acción comunicativa II (crítica de la razón funcionalista)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1992.

HUME David, *Del conocimiento*, Sin Trad. España, Globus comunicaciones, 2013, Colección Filosofía hoy: los grandes pensadores.

KELSEN, Hans, et, alt. *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, tercera edición, 2013.

LAUDAN Larry, *Verdad, error y proceso penal, (Un ensayo sobre epistemología jurídica)*, trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid, Marcial Pons, 2013, colección Filosofía y Derecho.

LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad, 2ª edición, trad. Javier Torres Nafarrate*, México, Herder, 2005.



MAZZARESE Tecla, *Lógica Derecho, derechos*, sin trad. México, Fontamara, 2012, colección: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.

POLANCO BRAGA, Elías, *La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal*, México, Porrúa, 2012.

ROSENBERG, Leo, *La carga de la prueba*, 3ª edición, Buenos Aires, B de F Ltda, 2002, colección, Maestros del derecho procesal.

SENTIS MELENDO, Santiago, *La prueba (los grandes temas del derecho probatorio)*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1979, colección Ciencia del proceso.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 2ª edición, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trota, 2005, colección, Estructuras y procesos.

TARUFFO Michele, *Simplemente la verdad*, (El juez y la construcción de los hechos), trad. Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, Marcial Pons, 2010, colección: Filosofía y Derecho, p. 155.

TARUFFO Michele, *Riflessioni su garantismi e garantie*, en *Garantismo y Crisis de la Justicia*, Medellín, Universidad de Medellín, 2010.

TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, trad. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez- Jara Díez, Lima, Ara editores, 2005, colección, Teoría de sistemas y sistema jurídico.

VOLTIERE, *Tratado de sobre la tolerancia*, España: Diario público, 2010.

WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, trad. Jorge F. Malem Será, Barcelona, Ariel, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Gramática Filosófica*, trad. Luis Felipe Segura, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2007, colección Filosofía contemporánea.

ZIZEK Slavoj. *En defensa de la intolerancia*, trad. Javier Eraso Caballos y Antonio Fernández, España: Diario público, 2010.