



Revista Mexicana de Derecho Constitucional

Núm. 33, julio-diciembre 2015

## LAS FUENTES JURÍDICAS Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL: LA CRISIS Y NOTAS PARA SU SUPERACIÓN\*

### *LEGAL SOURCES AND THE DEMOCRATIC AND SOCIAL STATE AND RULE OF LAW: THE CRISIS AND NOTES FOR ITS SOLUTION*

Marco Aurélio MARRAFON\*\*

Ilton Norberto ROBL FILHO\*\*\*

**RESUMEN:** En el presente ensayo se intenta reflexionar sobre la crisis en que se encuentra la teoría de las fuentes jurídicas en el derecho brasileño contemporáneo, y el impacto negativo sobre la efectiva concreción del Estado democrático y social. Sin desvalorizar la perspectiva de la garantía de derechos, en una lectura de la Constitución conformada por el modelo del Estado democrático de derecho, es fundamental considerar también las cuestiones de la democracia y de la separación de los poderes en la configuración de las fuentes jurídicas.

**ABSTRACT:** *This essay analysis the crisis of the theory of legal sources in Brazilian contemporary law and its negative impact on the implementation of the Democratic and Social State and of Rule of Law. Without disregarding the perspective of guarantee of rights, in a Constitutional reading informed by the model of the Democratic and Social State, it is imperative to consider also the questions of democracy and the separation of powers in the light of the legal sources, which is possible by revaluing the role of legislation considered in a context of greater democratic legitimacy and created from a more effective dialogue with other legal sources.*

**Palabras clave:** fuentes del derecho, Constitución, democracia, separación de poderes, ley.

**Descriptors:** legal sources; Constitution; democracy; separation of powers; legality.

\* Texto publicado en portugués: Marrafon, Marco Aurélio e Robl Filho, Ilton Norberto, “A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito”, *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, vol. 9, núm. 3, 3o. quadrimestre de 2014, [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) (ISSN 1980-7791). Preliminarmente presentado en el Seminario Internacional del Programa de Máster en Derechos Humanos “Interculturalidad y desarrollo (*in memoriam* Joaquín Flores)”, Sevilla, Universidad Pablo de Olavide. Investigación realizada con apoyo académico de Capes, Ministerio de Educación de Brasil. Los autores agradecen los aportes de los comentaristas no identificados de la revista *Cuestiones Constitucionales*, quienes sugirieron modificaciones relevantes al artículo.

\*\* Maestro y doctor en derecho del Estado por la Universidade Federal do Paraná; estudios doctorales en la Università degli Studi Roma Tre; profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro; presidente ejecutivo de la Academia Brasileira de Direito Constitucional, [mamarrafon@uol.com.br](mailto:mamarrafon@uol.com.br).

\*\*\* Maestro y doctor en derechos humanos y democracia por la Universidade Federal do Paraná; estudios doctorales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto; profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidade Federal do Paraná, así como del Programa de Maestría de la Universidade de Passo Fundo; investigador de posdoctorado en la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; director de la Academia Brasileira de Direito Constitucional, [norbertorobl@gmail.com](mailto:norbertorobl@gmail.com).

## I. INTRODUCCIÓN

Con todos los avatares económicos, sociales y aun jurídicos, la trayectoria en favor de la efectiva vigencia de la Constitución Federal brasileña de 1988 puede considerarse una trayectoria exitosa.<sup>1</sup> Hay un nítido ascenso y una cada vez mayor presencia del discurso constitucional en las diferentes ramas del derecho, en las razones para tomar decisiones y en la formulación de las políticas públicas.

Brasil pasó por un largo periodo autoritario entre 1964 y 1985. La herencia de tal periodo aún no fue completamente derrotada. Entre los escombros dejados por la dictadura se encuentran la desconsideración de la Constitución como norma, la prevalencia del credencialismo individualista, el descuido y la violación de los derechos humanos, la ausencia de prácticas democráticas sedimentadas, y la constante tutela y disminución de la participación de la sociedad civil.<sup>2</sup>

Después de más de 25 años de vigencia de la actual Constitución democrática brasileña, se impone un análisis crítico de la utilización de las fuentes jurídicas en ese Estado democrático y social de derecho. Se entiende por fuentes jurídicas, las manifestaciones social y jurídicamente aceptadas para el establecimiento de regulaciones jurídicas;<sup>3</sup> en este texto reflexionamos sobre seis fuentes tradicionales: leyes, jurisprudencia, costumbres, doctrina y derecho internacional público.

De ahí que, adoptando un punto de vista constitucionalista, desvinculado de tesis neousnaturalistas o neorrealistas presentes en algunas corrientes llamadas neoconstitucionalistas, se puede defender la postura de que las relecturas de las fuentes pasan por dos premisas importantes: 1) la Constitución representa el elemento central y unificador del sistema, de las prácticas y de las reflexiones jurídicas, y 2) la lectura del fenómeno cons-

<sup>1</sup> Para consulta de una obra clásica del derecho constitucional de la efectividad, puede verse: Barroso, Luis Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*, 9a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

<sup>2</sup> Sobre este periodo, *cfr.* Fausto, Boris, *História concisa do Brasil*, 2a. ed., São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2012, pp. 257-309.

<sup>3</sup> Adoptamos la concepción de fuente jurídica presentada por António Manuel Hespanha, considerada como un “‘depósito’ o ‘repositorio’ de normas jurídicas comunitariamente reconocidas, no provenientes de alguna fuente escondida u oscura, sino establecida en la conciencia de la comunidad”. *O caleidoscópico do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2a. ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 532.

titucional impone la comprensión de la Teoría del Estado como elemento informador de las prácticas, normas y dilemas sociales y constitucionales, lo que implica reformas institucionales que puedan generar mayores logros de legitimidad en la propia legislación, por medio de una mayor apertura y control democrático.

No resulta adecuado trabajar en la lógica de la teoría de las fuentes, estructurada a partir de una pirámide jerárquica y estática, ya que la misma supone una visión muy simplista y reduccionista de la complejidad. Es más interesante analizar el derecho como un sistema en que la Constitución se encuentra en su centro, en relación con las diversas fuentes del derecho.

Esas otras fuentes (ley, jurisprudencia, doctrina, costumbres y derecho internacional público) se relacionan también entre sí en forma dinámica. Es claro que existen ciertas situaciones y reglas generales de prevalencia de una fuente sobre otra, pero las relaciones son mucho más complejas que el hecho de afirmar que, por ejemplo, las costumbres sólo son válidas cuando no se oponen a la ley.

Para solucionar esa problemática, la idea de Constitución, en tanto sistema abierto de principios y reglas con efectos irradiantes en todo el orden normativo, se muestra como promisoría. Y esto es así porque, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, el sistema constitucional no abdica de la jerarquía legislativa, la cual es necesaria para informar una correcta metodología de la realización del derecho y para diferenciar las leyes de los meros *topois* de interpretación jurídica.<sup>4</sup>

Por otra parte, atendiendo a las pretensiones de mayor legitimidad del sistema jurídico, es posible la adecuación a las costumbres, a la jurisprudencia y doctrina, y a los dictámenes del derecho internacional de los derechos humanos, porque esa jerarquía no es inmóvil y rígida, ya que los principios pueden promover mayor oxigenación axiológica del sistema a lo largo del tiempo, así como los cambios de las costumbres, invirtiendo prioridades normativas, y dando nuevos sentidos al texto constitucional y a las leyes.

A partir de esas premisas, pretendemos realizar aquí una reflexión sobre la crisis en la comprensión y en la utilización de las fuentes jurídicas en el derecho contemporáneo brasileño, así como también sobre posibles im-

<sup>4</sup> Acerca de la noción de sistema constitucional abierto de principios y reglas, ahora defendida, véase un análisis más profundo en Marrafon, Marco Aurélio, *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*, Florianópolis, Habitus, 1998.

pactos negativos en la concreción efectiva de las estructuras que establece la Constitución. A partir de un diagnóstico de crisis, el texto propone una lectura de la Constitución, realizada a partir del modelo del Estado democrático y social de derecho, que permite la construcción de importantes ejes fundamentales para una teoría de las fuentes compatible con una sociedad democrática y plural.

Para ello, en el subtítulo II, son analizadas las categorías centrales de la teoría de las fuentes, la crisis de la fuente legal y la consecuente ampliación de la actuación del Poder Judicial. En esa sección se presentan también: a) el fenómeno de la superabundancia de leyes, b) las tres razones estructurales contemporáneas para la disminución de la importancia y de los resultados de la regulación por parte de la fuente legal, y c) el fenómeno de la judicialización de la política y de la vida.

En el ítem III, se describen los papeles que la doctrina, las normas de derecho internacional público y las costumbres poseen para el *sentido común teórico* de los juristas. Se intentará así demostrar que la visión tradicional de esas fuentes resulta insuficiente e inadecuada para los dilemas sociales y jurídicos actuales.

Por su parte, en el epígrafe IV, se exponen las premisas metodológicas para la reconstrucción de una teoría de las fuentes. El argumento central de la propuesta de reestructuración de las regulaciones jurídicas reside en la revalorización de la ley en tanto que fuente del derecho y elemento de eficaz aplicación de la Constitución en el sistema abierto de principios y regla, prestando atención a presupuestos de mayor participación, transparencia y legitimidad democrática durante el proceso legislativo. De este modo, se valoriza la democracia y la separación de poderes a la vez que no se renuncia a las conquistas del constitucionalismo.

Finalmente, se ofrecen algunas palabras a modo de conclusión en el subtítulo V.

## II. FUENTES JURÍDICAS, CRISIS DE LA FUENTE LEGAL Y AMPLIACIÓN DEL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA

El debate sobre las fuentes revela cuestiones esenciales que están en el origen del fenómeno jurídico. Es a partir del mismo que se forman los parámetros de regulación normativa en la sociedad y los destinatarios de

la norma (ciudadanos en general y actores jurídicos en especial) pueden adecuar sus conductas, de modo de actuar conforme al derecho.

Tradicionalmente las fuentes son clasificadas en fuentes formales y fuentes materiales. Éstas son las relaciones sociales, políticas, históricas y jurídicas que determinan e imponen regulaciones jurídicas, en tanto que aquéllas son los instrumentos o medios que expresan las prescripciones jurídicas como la ley, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina.<sup>5</sup>

Se comprende que la ley y las costumbres son fuentes directas del derecho en tanto que la doctrina y la jurisprudencia serían fuentes mediatas, pues sólo tratan de formas de “revelación” del derecho.<sup>6</sup> Entendemos que ninguna de ambas clasificaciones es adecuada para comprender las fuentes jurídicas contemporáneamente.

La primera dicotomía debe ser superada, pues es fundamental que se entienda cómo las relaciones sociales, históricas y económicas (fuentes materiales) relacionan y condicionan la creación de la ley, de las costumbres, de la doctrina y de la jurisprudencia (fuentes formales).

En lugar de esa separación rígida, la reflexión jurídica precisa buscar la interrelación entre esos fenómenos, incluso porque es imposible interpretar solamente el texto legal sin que el contenido esté enraizado en determinado contexto existencial. A su vez, a pesar de toda la construcción teórica moderna, teniendo en cuenta que el juez racional irá a encontrar o extraer el

<sup>5</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr. describe así la dicotomía clásica entre fuentes formales y materiales: “el jurista francés François Geny (1925)... se refiere a dos tipos básicos de fuentes, según se encare el derecho en su aspecto *dado* o en su aspecto *construido*. Tenemos así, por un lado, las *fuentes substanciales* que son dadas, como es el caso de los elementos *materiales* (biológicos, psicológicos, filológicos) que no son prescripciones, pero que contribuyen a la formación del derecho, de los elementos *históricos* (representados por la conducta humana a través del tiempo, y que producen ciertos comportamientos habituales que van lentamente sedimentando), o de los elementos *racionales* (representados por la elaboración de la razón humana sobre la experiencia de la vida, formulando principios universales para una mejor correlación entre medios y fines) y de los elementos *ideales* (representados por las diferentes aspiraciones del ser humano, que pueden ser formulados en postulados valorativos de sus intereses). Por otro lado, Geny se refiere a las *fuentes formales*, correspondiendo a lo *construido*, lo que implica la elaboración técnica del material (fuentes substanciales) por medio de *formas solemnes* que se expresan en leyes, normas consuetudinarias, decretos reglamentarios, etc.” Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*, 7a. ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 190.

<sup>6</sup> Sobre esa clasificación, *cfr.* Abboud, Georges *et al.*, *Introdução à teoria e à filosofia do direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, pp. 211 y 212.

contenido normativo, no es verosímil asegurar que la jurisprudencia solamente revela un derecho preexistente, en la cual su actuación nada genera. La norma —en tanto resultado de un proceso decisorio— es siempre un *constructo* del hombre que interpreta.

Más allá de la clasificación tradicional entre fuentes formales y materiales, la teoría del derecho contemporánea<sup>7</sup> clasifica la producción del derecho en: 1) fuentes fuertemente vinculantes, frágilmente vinculantes y fuentes permitidas, y 2) fuentes dotadas de autoridad y aquellas que no son estrictamente autorizantes. De ese modo, los textos legales son fuentes fuertemente vinculantes dotadas de autoridad, las costumbres se constituyen en fuentes fuertemente vinculantes y no estrictamente autorizantes, precedentes judiciales representan fuentes frágilmente vinculantes y dotadas de autoridad, y la dogmática jurídica —doctrina— es una fuente permitida y dotada de autoridad.

A pesar de que esta clasificación es elaborada y refinada, merece algunas críticas. Las costumbres vigentes pueden ser establecidas por autoridades estatales; sin embargo, la doctrina es elaborada por estudiosos del derecho que poseen su legitimación, y no por ocupar un lugar en el Estado. Así, no parece adecuado clasificar necesariamente a aquéllas como fuentes no dotadas de autoridad, y a ésta como un ejemplo de creación del derecho con autoridad.

Por otra parte, además de que no se concede un papel destacado al derecho internacional de los derechos humanos, nos parece que la clasificación de los precedentes judiciales como fuentes frágilmente vinculantes no comprende con la verticalidad necesaria el tema de las decisiones judiciales. Por ejemplo, las declaraciones de inconstitucionalidad de actos normativos, producidas de forma concentrada y abstracta por el Supremo Tribunal Federal brasileño, causa efectos contra todos, y vinculantes, en los términos del artículo 102, §2o., CF.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Nos referimos a la reflexión realizada por Bustamante a partir principalmente de Aarnio; *cf.* Bustamante, Thomas da Rosa, “O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, número especial de las Jornadas Brasil-Canadá, 2013, pp. 299-325; y Aarnio, Aulis, *Lo racional como lo razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>8</sup> “§2o. Las decisiones definitivas de mérito pronunciadas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declaratorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante en forma relativa

En el presente artículo, los autores entienden como fuentes de derecho a las manifestaciones social y jurídicamente aceptadas de establecimiento de regulaciones jurídicas, y reflexionan sobre algunas de esas fuentes. Así, se analizan las fuentes legal, jurisprudencial, doctrinaria, consuetudinaria y de derecho internacional público, a la luz de la búsqueda tanto de la máxima efectividad de la Constitución cuanto de las estructuras del Estado democrático y social de derecho.

Por lo tanto, el objetivo de este artículo radica en conceder el debido papel, en el Estado democrático y social de derecho, a la Constitución que es la principal fuente jurídica y parámetro de validez de las demás fuentes.<sup>9</sup> Sobre la Constitución, los autores tienen por horizonte principalmente la Constitución brasileña de 1988,<sup>10</sup> la cual prevé el modelo del Estado demo-

a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta en las esferas federal, estadual y municipal (Redacción dada por la Enmienda Constitucional número 45, de 2004)”.

<sup>9</sup> Sobre la Constitución como fuente y parámetro de análisis de las demás fuentes jurídicas, así se expresa Javier Pérez Royo: “La Constitución pretende ordenar la génesis del derecho. Y esto lo suele hacer de dos maneras: regulando, por una parte, ciertas materias de manera directa o determinando, por otra, qué órganos y con qué procedimientos regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado. La Constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea, fuente del derecho y norma que regula las fuentes del derecho, la producción jurídica”. *Las fuentes del derecho*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1984, p. 31.

<sup>10</sup> En Brasil, así como en muchos países latinoamericanos, Portugal y España en el siglo XX, se observó la instalación de gobiernos autoritarios. En el caso brasileño ocurrió una dictadura civil de 1937 a 1945 (Estado Nuevo de Getúlio Vargas) y dictadura militar (1964-1985). A su vez, los actos de redemocratización y de transición al gobierno democrático alcanzan un momento destacado con la aprobación de la Constitución Federal brasileña de 1988. Sobre la historia institucional brasileña, *cf.* Robl Filho, Ilton Norberto, *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*, São Paulo, Saraiva, 2013. En relación con el gobierno autoritario brasileño de 1964-1985, *cf.* Almeida, Marina Hermínia Tavares de, “O Estado no Brasil contemporâneo: um passeio pela história”, en Melo, Carlos Ranulfo y Sáez, Manuel Alcántara (org.), *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2007, pp. 24 y 25. Especialmente sobre la recuperación del Estado de derecho y la democracia en Brasil después de 1985, *cf.* Carvalho, José Murilo de, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009, pp. 126-153. También, sobre el principio de separación de los poderes en el periodo de 1964-1985, con énfasis en las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, con clara prevalencia del primero, *cf.* Santos, Fabiano, “República de 46: separação de poderes e política alocativa”, en Melo, Carlos Ranulfo y Sáez, Manuel Alcántara (org.), *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2007, pp. 39-72. En lo

crático de derecho en el *caput* del artículo 1o.<sup>11</sup> El tipo de Estado brasileño es un Estado democrático y social de derecho, ya que la Constitución federal prevé un lugar destacado para los derechos sociales y cierta intervención estatal para la promoción de la ciudadanía y de los derechos fundamentales. Además, la Constitución federal (CF) prescribe a la ley como fuente de creación de los derechos y de los deberes (artículo 5o., II, CF)<sup>12</sup> y establece al Poder Judicial como importante guardián de los derechos y de la Constitución (artículo 5o., XXXV, CF).<sup>13</sup>

Los teóricos del derecho, a su vez, pautados en la libertad científica y académica (artículo 5o., IX, CF)<sup>14</sup> poseen el relevante papel de presentación del sistema jurídico y social, así como la doctrina posee la importante función de analizar la concretización de la democracia, de la separación de los poderes y de la realización de los derechos.

Además de las fuentes internas, la Constitución de Brasil pone de relieve al derecho internacional de los derechos humanos, al afirmar que los “derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otras derivaciones del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”.

Finalmente, las fuentes consuetudinarias se manifiestan como esenciales para llevar a cabo la democracia constitucional brasileña, porque la concretización de la Constitución presupone una cultura diseminada de observancia de la separación de los poderes, de respeto a los derechos fundamentales y de promoción de la democracia.

Sin embargo, en la *praxis* jurídica contemporánea, se observa una incontestable crisis en la comprensión y en el empleo de las fuentes del derecho,

que se refiere al Poder Judicial durante la dictadura militar y su papel de menor importancia en comparación con su participación en el Estado democrático de derecho a partir de la Constitución Federal brasileña de 1988, *cfr.* Sampaio, José Adércio Leite, *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 52-63.

<sup>11</sup> “Art. 1o.: “La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos...”

<sup>12</sup> “II... nadie será obligado a hacer o dejar de hacer cosa alguna sino en virtud de la ley”.

<sup>13</sup> “XXXV... la ley no excluirá de la valoración del Poder Judicial la lesión o la amenaza al derecho”.

<sup>14</sup> “IX... es libre la expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación, con independencia de censura o autorización”.

generada por la ausencia de una metodología clara y diseminada entre los técnicos, y quienes ejercen profesionalmente el derecho sobre cómo éste es creado y cómo se logra su efectiva concreción según los dictámenes de la Constitución de 1988.

Como consecuencia, la crisis en la comprensión y utilización de las fuentes jurídicas genera una crisis del Estado democrático y social de derecho, especialmente cuando se habla de seguridad jurídica, previsión *ex ante* de las conductas a ser evitadas y de las sanciones y demás consecuencias de la regulación jurídica. En el campo del derecho administrativo, por ejemplo, hay graves violaciones al principio de confianza legítima del ciudadano en relación con la actuación estatal.

Aunque el principio de legalidad, en sus diferentes aplicaciones y grados, sea central en el Estado democrático y social de derecho, la realidad actual muestra que hay una subvaloración de la ley y una sobrevaloración de la jurisprudencia, despreciando así los pilares de la modernidad jurídica, en la cual se superó el primado de la voluntad por el primado de la legislación.<sup>15</sup>

La ley, como acto normativo puesto por el Poder Legislativo, vive una situación paradigmática y paradójica: existe la aprobación de una gran cantidad de actos normativos legales, hecho que aparentemente manifiesta un sustancial prestigio de la forma legal en la regulación jurídica contemporánea, sin embargo se observan situaciones estructurales que quitan buena parte del impacto y de la relevancia de la disciplina legal. A partir de una visión equivocada del Parlamento y de los representantes del pueblo,<sup>16</sup> el sentido común cree que un buen parlamentario es aquel representante que propone muchos proyectos de ley, y que un óptimo Poder Legislativo es el que crea diversas leyes. Ese fenómeno es una de las grandes razones para la creación de un gran número de actos normativos legales por parte del Poder Legislativo.

Es frecuente, en periodos electorales, que los periódicos evalúen el buen desempeño de un legislador a partir de la cantidad de proyectos de ley de

<sup>15</sup> Compartimos, en líneas generales, las reflexiones presentadas por Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 693-709, y por Hespanha, António Manuel, *O Caleidoscópio do Direito*, 2009, pp. 519-585.

<sup>16</sup> La función de legislar es una de las numerosas actividades que el Parlamento debe ejercer en el Estado democrático de derecho. Además, el Poder Legislativo desempeña —o debería hacerlo— importantes funciones de fiscalización del Poder Ejecutivo, y de participación en la discusión y en la construcción de políticas públicas.

su autoría, así como del porcentaje y de la relevancia de sus proyectos transformados efectivamente en legislación. A pesar de que la tasa de conversión de proyectos en leyes es pequeña, como son millares las propuestas de creación legislativa, termina habiendo una cantidad enorme de leyes.

En contrapartida, la legislación, como fuente jurídica, enfrenta por lo menos tres situaciones estructurales específicas que disminuyen su impacto y su relevancia en tanto que fuente: 1) dificultad de decisión política en temas complejos y socialmente relevantes, 2) judicialización de la política, y sustitución de la legislación por decisiones judiciales<sup>17</sup> y por otros actos normativos, y 3) proceso legislativo-normogenético insuficientemente plural y democrático.<sup>18</sup>

Dos ejemplos dejan clara la omisión del legislador en cuestiones socialmente relevantes: hace tiempo se discutía en Brasil la cuestión del nepotismo en la administración pública brasileña; sin embargo, el legislador nunca enfrentó el tema realmente, ya sea por medio de la ley o a través de alguna enmienda constitucional. En este contexto de ausencia de discusión seria en el Congreso Nacional, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) promulgó

<sup>17</sup> El fenómeno de la judicialización de la política es estructural en el mundo contemporáneo, pero se volvió más nítido y relevante en Brasil después de la Constitución de 1988. En virtud: 1) de la dificultad (costos políticos y formación de mayorías) para que los parlamentos reglamenten cuestiones sociales importantes, 2) de que diversas leyes y la Constitución establezcan derechos fundamentales, y 3) de que, a partir de la independencia judicial y el control judicial de constitucionalidad, los tribunales pasen a decidir situaciones sociales importantes y promuevan derechos, actuando en asuntos originariamente afrontados por el Poder Legislativo y por el Ejecutivo. *Cfr.* Ferejohn, John, “Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence”, *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999, pp. 353-384; Ferejohn, John, “Judicializing politics, politicizing law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, núm. 3, 2002, pp. 41-69; Sadek, Maria Tereza, “O poder judiciário na reforma do Estado”, en Pereira, Luiz Carlos Bresser *et al.* (orgs.), *Sociedade e Estado em transformação*, São Paulo, UNESP-Brasília, ENAP, 1999, pp. 323-345; Sadek, Maria Tereza, “Judiciário: mudanças e reformas”, *USP-Estudos avançados*, vol. 18, núm. 51, mayo-agosto de 2004; Robl Filho, Ilton Norberto, *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 213-228.

<sup>18</sup> Sobre el debido proceso legislativo en el Estado democrático de derecho, así como acerca de la violación de directivas democráticas en la elaboración de leyes, *cfr.* Marrafon, Marco Aurélio y Robl Filho, Ilton Norberto, “Controle de constitucionalidade no projeto de lei de Conversão de medida provisória em face dos ‘contrabandos legislativos’: salvaguarda do Estado democrático de direito”, en Fellet, André y Novelino, Marcelo, *Constitucionalismo e democracia*, Salvador, Jus Podivm, 2013, pp. 236-244.

la resolución número 7,<sup>19</sup> prohibiendo el nepotismo en el Poder Judicial, y el Supremo Tribunal Federal (STF) estableció *Súmula Vinculante*<sup>20</sup> número 13,<sup>21</sup> vedando su práctica en los tres poderes, y para todos los entes de la Federación.

Como segundo ejemplo, veamos que no fue diferente el reconocimiento jurídico de las uniones homoafectivas. La Constitución brasileña no prevé de manera expresa, en su texto, que el matrimonio será solamente entre parejas heterosexuales.<sup>22</sup> Por otro lado, la institución de la unión estable, que ocurre en la relación entre dos personas con ánimo de constituir una

<sup>19</sup> Así prescribe el artículo 2o., incisos I a V, resolución núm. 7 de 2005 del Conselho Nacional de Justiça: “Art. 2o. Constituyen prácticas de nepotismo, entre otras: I... el ejercicio de cargo adjudicado en comisión o de función gratificada, en el ámbito de la jurisdicción de cada tribunal o juzgado, por parte del cónyuge, compañero en unión estable o pariente en línea directa, colateral o por afinidad, hasta el tercer grado inclusive, de los respectivos miembros o jueces vinculados; II... El ejercicio en tribunales o juzgados diversos de cargos adjudicados en comisión o de funciones gratificadas por parte de cónyuges, compañero en unión estable o pariente en línea directa, colateral o por afinidad, hasta el tercer grado inclusive, de dos o más magistrados, o de empleados designados en cargos de dirección o de asesoramiento en circunstancias destinadas a burlar la regla del inciso anterior mediante reciprocidad en los nombramientos o las designaciones; III... el ejercicio de cargo adjudicado en comisión o de función gratificada en el ámbito de la jurisdicción de cada tribunal o juzgado por parte de cónyuge, compañero en unión estable o pariente en línea directa, colateral o por afinidad hasta el tercer grado inclusive de cualquier empleado designado en cargo de dirección o asesoramiento; IV... la contratación por tiempo determinado para atender una necesidad temporaria de excepcional interés público de cónyuge, compañero en unión estable o pariente en línea directa, colateral o por afinidad hasta el tercer grado inclusive de los respectivos miembros o jueces vinculados, así como de cualquier empleado designado en cargo de dirección o asesoramiento; V... la contratación en casos excepcionales de eximición o inexigibilidad de licitación, de persona jurídica de la cual sean socios el cónyuge, compañero en unión estable o pariente en línea directa, colateral o por afinidad hasta el tercer grado inclusive de los respectivos miembros o jueces vinculados, o empleado designado en cargo de dirección o de asesoramiento”.

<sup>20</sup> En el derecho brasileño: dictamen de interpretación.

<sup>21</sup> “Súmula vinculante 13: El nombramiento de cónyuge, compañero en unión estable o pariente en línea directa, colateral o por afinidad hasta el tercer grado inclusive de la autoridad que lo realiza o de empleado de la misma persona jurídica designado en cargo de dirección, jefatura o asesoramiento, para el ejercicio de un cargo en comisión o de confianza o aún de función gratificada en la administración pública directa e indirecta en cualquiera de los poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los municipios, incluido el recurso a las designaciones recíprocas, viola la Constitución Federal”.

<sup>22</sup> “§1o. El casamiento es civil y gratuita su celebración. §2o. El casamiento religioso tiene efecto civil, en los términos de la ley”.

familia, posee la siguiente regulación: “A los efectos de la protección del Estado es reconocida la unión entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio”.

Por lo tanto, existían dos interpretaciones constitucionales: a) como la unión estable, el matrimonio solamente puede darse entre hombre y mujer, y b) en razón del principio de igualdad, no es posible discriminar negativamente a las relaciones homoafectivas y prohibir el matrimonio. Esta discusión constitucional fue resuelta mediante la jurisprudencia.

Por medio de acciones individuales, y posteriormente por medio del control judicial de constitucionalidad en el STF (ADI número 4277 y ADPF número 132),<sup>23</sup> se promovió el reconocimiento de esas relaciones como unión estable; y el CNJ, con posterioridad, promulgó la resolución número 175, obligando a los notarios a convertir las uniones estables homoafectivas en matrimonio civil, y la realización del reconocimiento y del matrimonio civil para personas del mismo sexo.<sup>24</sup>

Estos ejemplos revelan que las omisiones legislativas son, por regla general, subsanadas por decisiones de órganos judiciales, aunque en función

<sup>23</sup> Así quedó enmendada la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) en el Supremo Tribunal Federal brasileiro: “2. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS POR RAZONES DE SEXO, SEA EN EL PLANO DE LA DICOTOMÍA HOMBRE/MUJER (GÉNERO), SEA EN EL PLANO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE CADA UNO DE ELLOS. LA PROHIBICIÓN DEL PREJUICIO COMO CAPÍTULO DEL CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAJE AL PLURALISMO COMO VALOR SOCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERTAD PARA DISPONER DE LA PROPIA SEXUALIDAD, INSERTA EN LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INDIVIDUO, EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA... 4. UNIÓN ESTABLE. NORMATIVA CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMBRE Y MUJER, PERO SÓLO PARA LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE ESTA ÚLTIMA. PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABLECER RELACIONES JURÍDICAS HORIZONTALES O SIN JERARQUÍA ENTRE LAS DOS TIPOLOGÍAS DEL GÉNERO HUMANO. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS CONCEPTOS DE ‘ENTIDAD FAMILIAR’ Y ‘FAMILIA’. La referencia constitucional a la dualidad básica hombre-mujer, en el §3o. de su artículo 226, se debe al objetivo preciso de que no se pierda la menor oportunidad para favorecer las relaciones jurídicas horizontales o sin jerarquía en el ámbito de las sociedades domésticas”.

<sup>24</sup> La Resolución posee el siguiente texto: “CONSIDERANDO que el Supremo Tribunal Federal, en las sentencias dictadas en el juicio de la ADPF 132/RJ y de la ADI 4277/DF, reconoció la inconstitucionalidad de la distinción de tratamiento legal a las uniones estables constituidas por personas del mismo sexo... RESUELVE: Art. 1o. Está vedada a las autoridades competentes la negativa a la habilitación y celebración de casamiento civil o de conversión de unión estable en matrimonio entre personas del mismo sexo”.

administrativa. Por otra parte, aun cuando el Parlamento decide,<sup>25</sup> se observa una restricción en los efectos de esa decisión por la interpretación judicial y por el control de constitucionalidad. El Poder Constituyente Derivado estableció, por la enmienda constitucional número 45, en su artículo 102, I, “r”, que “las acciones contra el Consejo Nacional de Justicia” serán juzgadas por el Supremo Tribunal Federal.

A pesar de la clara competencia del STF, en cuanto a juzgar todas las acciones contra el CNJ, el plenario de esa Corte admitió su competencia solamente para analizar acciones constitucionales y mandamentales contra el Consejo (mandato de seguridad, por ejemplo), y no otras como acciones civiles originarias.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> A pesar de que Brasil adoptó un sistema de gobierno presidencialista, no existe en la dinámica real política e institucional una significativa autonomía del Parlamento Nacional en relación con la presidencia de la República. En realidad, la mayoría de los parlamentarios se constituyen en base de apoyo al Ejecutivo federal, estableciéndose un presidencialismo de coalición. De este modo, en el ámbito de la ciencia política, es más correcto afirmar que la coalición gubernamental, guiada por los intereses y las propuestas políticas del Ejecutivo, produce decisiones sociales y políticas bajo forma de leyes. En otras palabras, la ley es una decisión tomada por el legislador con gran influencia del Ejecutivo. *Cfr.* Chaisty, Paul *et al.*, “Rethinking the ‘Presidentialism Debate’: Conceptualizing Coalitional Politics in Cross-Regional”, *Democratization*, vol. 21, num. 1, 2014, pp. 1-23.

<sup>26</sup> En ese sentido, existen algunas decisiones del Supremo Tribunal Federal que claramente violan lo establecido en el artículo 102, I, “r”, a través de una interpretación restringida: “La competencia originaria del STF, cuando se trata de impugnación a las deliberaciones emanadas del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), ha sido reconocida solo en la hipótesis de apelación, contra el referido órgano del Poder Judicial (CNJ) de una medida de amparo, de *habeas data*, de *habeas corpus* (si se diera el caso) o de orden de requerimiento, dado que, en tal caso, el CNJ se califica como órgano coactor, impregnado de legitimación pasiva *ad causam* para participar en la relación procesal instaurada con la apelación original, ante la Suprema Corte, de aquellos *writs* constitucionales. En ese contexto, el CNJ, por ser órgano no personal, se define como simple “parte formal” (Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4a. ed., 1995, t. I, *item* n. 5, pp. 222 y 223, Forense; Carvalho Filho, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*, 25a. ed., *item* n. 5, 2012, pp. 15-17, Atlas, v. g.), revestido de una mera “personalidad judiciaria” (Leal, Victor Nunes, *Problemas de direito público*, 1960, pp. 424-439, Forense), encontrándose investido, como consecuencia de tal condición, de la capacidad de ser parte (Marinoni, Luiz Guilherme y Mitidiero, Daniel, *Código de processo civil*, 5a. ed., 2013, p. 101, RT; Theodoro Júnior, Humberto, *Curso de direito processual civil*, 54a. ed., vol. I, 101, *item* n. 70, 2013, Forense; Nery Júnior, Nelson y Nery, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado*, 13a. ed., *item* n. 5, 2013, p. 233, RT, v. g.), circunstancia que legitima plenamente su participación en las mencionadas causas mandamentales... Sin embargo, tratándose de una demanda diversa (por ejemplo, una acción

Tampoco se puede dejar de tener en cuenta el control judicial de constitucionalidad ejercido sobre las leyes. Más de cinco mil acciones directas de inconstitucionalidad fueron propuestas desde 1988 en el Supremo Tribunal Federal, además del cotidiano control difuso aplicado por todos los jueces y órganos judiciales.<sup>27</sup>

La restricción de los efectos de las leyes vigentes todavía ocurre por las innumerables resoluciones, reglamentos y actos administrativos interpuestos por el Poder Ejecutivo y por el propio Poder Judicial.

Se observan, por ejemplo: 1) innumerables resoluciones y reglamentos de la *Receita Federal* (Hacienda Pública) sobre derecho y proceso tributarios, 2) diversos actos normativos promulgados por el Consejo Nacional de Educación acerca del derecho a la educación y de la gestión de las actividades educacionales, 3) importantes normas sobre el derecho a la salud y a la investigación en el Consejo Nacional de Salud y 4) actos normativos emanados del poder reglamentador del Consejo Nacional de Justicia, actuando sobre asuntos que son claramente objeto de *Reserva de Ley* (Estatuto de la Magistratura).<sup>28</sup> Esos órganos crean normas que, como mínimo, conforman y modelan las prescripciones legales.

ordinaria), no se establece la competencia originaria de la Suprema Corte, considerado el parecer prevalente en la jurisprudencia del STF, manifestado, inclusive, en sentencias colegiadas, toda vez que, en las hipótesis no comprendidas en el artículo 102, I, *d* y *q* de la Constitución, la legitimación pasiva *ad causam* se referirá exclusivamente a la Unión Federal, por el hecho de que las deliberaciones del CNJ serán jurídicamente imputables a la propia Unión Federal, que es el ente de derecho público en cuya estructura institucional se encuentra integrado el CNJ. Doctrina” (STF, AO 1.706-AgR, rel. min. Celso de Mello, sentencia del 18 de 12 de 2013, Plenário, *DJE*). El Plenario del STJ refrendó tal parecer en la sentencia conjunta de la Cuestión de Orden elevada en la Acción Ordinaria 1814-STF y de la Apelación Reglamentaria relativa a la Acción Originaria 1.680-STF del 24 de 09 de 2014.

<sup>27</sup> Sobre el Control Concentrado de Constitucionalidad en el STF por medio de ADI, *cf.* Tomio, Fabrício Ricardo de Limas; Robl Filho, Ilton Norberto, “*Empirical Legal Research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade do STF*”, en Alves Vestena, Carolina e Silveira Siqueira, Gustavo (org.), *Direito e experiências jurídicas*, Belo Horizonte, Arraes-CAPEs, 2013, vol. 2, pp. 96-117. En dicho artículo se observa que el grado de éxito en la declaración de leyes estatales inconstitucionales es superior al de las leyes federales. Por otro lado, se sabe que importantes leyes federales como, por ejemplo, el Estatuto de la Abogacía, fueron parcialmente declaradas inconstitucionales por el STF.

<sup>28</sup> Sobre la actividad legislativa de órganos y autoridades del Ejecutivo, *cf.* Clève, Clèmerson Merlin, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3a. ed., 2011. Acerca del poder reglamentador del CNJ, *cf.* Robl Filho, Ilton Norberto, *Conselho Nacional de*

Existe, todavía, una tercera situación estructural que restringe el reconocimiento social y jurídico de la forma legal, disminuyendo el respeto y el acatamiento de los ciudadanos y de los juristas ante la ley. Se trata de la elaboración de actos normativos legales de manera superficialmente democrática y plural. En primer lugar, es frecuente que el propio legislador no dé cumplimiento a la Ley Complementaria número 95/1998 que se refiere a la elaboración de las leyes. La violación de tal procedimiento produce la parcial destrucción de las reglas del juego democrático de producción del sistema legal, lo cual lleva a que muchas veces el descrédito de esas normas produzca algunas consecuencias desastrosas en el campo de la democracia.

En no pocas ocasiones se emplean mecanismos reglamentarios del Poder Legislativo para producir leyes de forma extremadamente rápida, y sin el debido conocimiento y discusión en la sociedad civil. En febrero de 2015, en el Estado miembro brasileño de Paraná, el Ejecutivo estadual y la mayoría del Parlamento estadual intentaron aprobar de forma extremadamente rápida profundos cambios en la seguridad social y en el régimen de los empleados públicos, utilizando mecanismos del reglamento interno de la Asamblea Estadual.

Esa estrategia política procuraba claramente alterar normas contra la voluntad de la mayoría de la población, y principalmente en oposición a los intereses de los empleados públicos. Las protestas intensas de diversos segmentos sociales y la ocupación de la sede de la Legislatura por parte del pueblo impidieron que el proyecto de ley fuera tratado.<sup>29</sup>

Esa forma apresurada y no democrática de tramitación del proceso legislativo choca con la Constitución Federal brasileña. Veamos: con el objetivo de incentivar la participación de los ciudadanos y de representantes de la sociedad civil organizada, la Constitución brasileña, en el artículo 58, II,

*Justiça: Estado democrático de direito e accountability*, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 238-242. Recién sobre el final de 2014, 26 años después de la Constitución brasileña de 1988, el Supremo Tribunal Federal comenzó a discutir un nuevo Estatuto de la Magistratura Nacional. El borrador contiene puntos de discutible constitucionalidad sobre algunos beneficios previstos para la Magistratura. Cfr. Lewandowski, Ricardo, “Minuta de anteproyeto do estatuto da magistratura”, *Supremo Tribunal Federal*, <http://s.conjur.com.br/dl/estatuto-magistratura-juizes-loman-stf.pdf>.

<sup>29</sup> Sobre las protestas en Paraná, cfr. Carazzai, Estilita Hass, “Após protestos e invasão, Governo do Paraná desiste de pacote fiscal”, *Folha de São Paulo*, 12 de febrero de 2015, <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/02/1589043-apos-protestos-e-invasao-governo-do-parana-desiste-de-pacote-fiscal.shtml>.

previó la realización de audiencias públicas en el Congreso Nacional.<sup>30</sup> Se trata de audiencias en las que la discusión de temas socialmente relevantes tiene lugar con la participación de la sociedad civil.

El Poder Legislativo recurre escasamente a los mecanismos de audiencia pública, tornando menos plural y democrática la discusión legislativa, y, cuando lo son, generalmente se presta oídos a las autoridades estatales y no a los ciudadanos e instituciones de la sociedad civil.

### III. CRISIS EN LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA DOCTRINA Y EN LA COMPRENSIÓN DEL PAPEL DE LAS COSTUMBRES Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se observa también una crisis en la comprensión y en la utilización de la doctrina, de los derechos humanos y de las costumbres en tanto que fuentes, lo cual influye negativamente en la promoción del Estado democrático y social de derecho. Esto ocurre porque 1) la doctrina no cumple su rol de

<sup>30</sup> “Art. 58. El Congreso Nacional y sus Casas tendrán comisiones permanentes y temporarias, constituidas en la forma y con las atribuciones previstas en el respectivo reglamento o en el acto del que resultare su creación. §2o. A las comisiones, en razón de la materia de su competencia, cabe: I. Discutir y votar el proyecto de ley que establezca, en forma de reglamento, la competencia del Plenario, salvo que hubiera recurso de un décimo de los miembros de la Casa; II. Realizar audiencias públicas con entidades de la sociedad civil...”. Son ejemplos de mecanismos constitucionales que prevén la participación popular en la toma de decisiones políticas y estatales: artículo 29, XII, “Cooperación de las asociaciones representativas en el planeamiento municipal”, artículo 194, parágrafo único; VII. “Art. 194. La seguridad social comprende un conjunto integrado de acciones de iniciativa de los Poderes Públicos y de la sociedad, destinadas a asegurar los derechos relativos a la salud, la prevención y la asistencia social. Parágrafo único. Compete al Poder Público, en los términos de la ley, organizar la seguridad social, con base en los siguientes objetivos... VII. Carácter democrático y descentralizado de la administración, mediante gestión cuatripartita, con participación de los trabajadores, de los empleadores, de los jubilados y del Gobierno en los órganos colegiados (Redacción dada por la Enmienda Constitucional núm. 20, de 1998)”; artículo 198, III. “Las acciones y servicios públicos de salud integran una red regionalizada y jerarquizada, y constituyen un sistema único, organizado de acuerdo con las siguientes directrices... III. Participación de la comunidad”; artículo 204, II. “Las acciones gubernamentales en el área de la asistencia social serán realizadas con recursos del presupuesto de la seguridad social previstos en el artículo 195, además de otras fuentes, y organizadas con base en las siguientes directrices... III. Participación de la población, por medio de organizaciones representativas, en la formulación de las políticas y en el control de las acciones en todos los niveles”.

reflexión crítica, seria y profunda de los fenómenos sociales y jurídicos a partir de los valores de la democracia constitucional, 2) importantes derechos humanos son desconocidos por juristas, profesionales del derecho y ciudadanos, y 3) existe una subvaloración de las costumbres jurídicas y no se considera la fuente consuetudinaria en las garantía de los derechos y en la promoción de la democracia.

El positivismo normativista en el siglo XIX y a comienzos del XX propuso un papel inadecuado para la doctrina jurídica. En tal contexto, la función social de los estudiosos del derecho era la de describir el derecho y el sistema jurídico establecido.<sup>31</sup> Desafortunadamente, la enseñanza del derecho y las obras jurídicas brasileñas actuales son pródigas en la adopción de ese modelo descriptivo y no reflexivo del fenómeno jurídico.<sup>32</sup>

Hay más de mil facultades donde se puede cursar la carrera de derecho en Brasil, siendo la enseñanza, por regla general, nivelada hacia abajo. El sentido común jurídico difundido<sup>33</sup> en la mayor parte de las facultades y entre la mayoría de los profesionales del derecho entiende, de manera equivocada, que ser un buen graduado en derecho significa solamente conocer las regulaciones jurídicas centrales del derecho vigente.

Para la formación de ese “jurista ideal” del sentido común, nada mejor que las carreras y los manuales jurídicos que simplemente describan el sistema válido, presentando los conceptos clásicos, la legislación vigente, y principalmente, la mayor jurisprudencia sobre el asunto.

Innegablemente, la doctrina y la producción académica jurídica no pueden ignorar el derecho vigente y su conformación por los órganos judiciales. A su vez, el papel de los teóricos del derecho debe ser el de estudiar y pensar el derecho, y no el de reproducir de manera acrítica estructuras sociales y jurídicas inadecuadas e incompatibles con una sociedad y un Estado comprometidos con la democracia y la promoción de derechos.

<sup>31</sup> Para una visión refinada del positivismo jurídico que influyó principalmente en el derecho continental europeo, *cfr.* Kelsen, Hans, *Teoria pura do direito*, 7a. ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2006, pp. XI-XV. Una interesante descripción y análisis del positivismo se encuentra en Bronze, Fernando José, *Lições de introdução ao direito*, Coimbra, 2002, pp. 321-343.

<sup>32</sup> Streck, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 6a. ed., 2005, pp. 81-84.

<sup>33</sup> Sobre el *sentido común teórico de los juristas*, *cfr.* Warat, Luiz Alberto, *Introdução geral ao direito: interpretação da lei, temas para uma reformulação*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1994.

El fenómeno jurídico acomoda tensiones sociales, enfrenta dilemas y problemas transindividuales, y se constituye en importante mecanismo de integración social. Así, la doctrina no puede simplemente presentar el derecho vigente, siendo su función social la de analizar si el derecho vigente es o no socialmente adecuado, correcto, justo y, principalmente, si concretiza de forma democrática las normas constitucionales y los valores del constitucionalismo.<sup>34</sup>

Así considerado, Nino está acertado al rechazar la visión meramente descriptiva de la dogmática jurídica; sin embargo, incurre parcialmente en un equívoco cuando afirma: “la labor central de la teoría jurídica, que es, como ya se dijo muchas veces, asistir sobre todo a los jueces en su cometido de alcanzar soluciones para casos particulares que sean axiológicamente satisfactorias”. En verdad, la función de la dogmática jurídica es pensar de manera crítica y constitucionalmente adecuada, en todos momentos, los fenómenos jurídicos, sin restringirse a casos concretos decididos por los magistrados.<sup>35</sup>

Otro aspecto de la crisis en la teoría contemporánea de las fuentes se refiere a una comprensión rasa de las costumbres jurídicas. El clásico ejemplo sobre costumbres jurídicas relata la observación y la formación de filas:

<sup>34</sup> Acerca de una visión formalista y normativista, tanto de la dogmática jurídica como de la doctrina jurídica, así se expresa Guastini: “Ahora bien, los enunciados normativos de los juristas presentan un triple carácter: a) En primer lugar, no difieren —en cuanto al léxico y a la estructura sintáctica— de los enunciados en función prescriptiva formulados por el legislador (o, más genéricamente, contenidos en las fuentes del derecho) y/o de los órganos de aplicación. Por el contrario, frecuentemente los enunciados doctrinarios simplemente reiteran, repiten las disposiciones legislativas; b) En segundo lugar, sin embargo, los enunciados doctrinarios no se consideran enunciados prescriptivos, a pesar de las apariencias, sino descriptivos (debe observarse que si así no fuese, el noble nombre de ‘ciencia’ sonaría inapropiado para designar la doctrina jurídica); c) En tercer lugar, los enunciados de los juristas se consideran enunciados descriptivos, sí, pero descriptivos no de hechos sino de entidades *sui generis* distintas de los hechos: tales entidades son las ‘normas’. Se entiende que, según este modo de verlo, las normas son entidades pre-constituidas a las actividades de interpretación, conceptualización y sistematización realizadas por la doctrina: si así no fuese no podrían constituir su objeto. Es evidente que una ciencia jurídica así establecida no tendría ninguna utilidad para quien quisiera, por ejemplo, prever las decisiones futuras de las cortes...”. Guastini, Riccardo, *Das fontes às normas*, São Paulo, Quartien Latin, 2005, p. 168. Sobre la necesaria relación entre derecho y justicia, con importante consecuencia para la dogmática jurídica, *cfr.* Alexy, Robert, *Conceito e validade do direito*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

<sup>35</sup> Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 12a. ed., Barcelona, Ariel, 2003, p. 344.

no se necesitan leyes para que los ciudadanos comprendan que quien llega primero es atendido en primer lugar. Además de las reglamentaciones escritas en leyes, reglamentos y contratos, es necesario el incremento de las prescripciones normativas en las situaciones de la vida cotidiana. El mismo, en la vida y en el derecho cotidiano, es producido principalmente por las costumbres jurídicas, siendo esa la llave de relectura para la atribución de la importancia del derecho consuetudinario en la teoría contemporánea de las fuentes.

En el derecho administrativo, por ejemplo, las costumbres son una rica fuente del derecho. Innegablemente la buena administración debe estar pautada en la observancia de la ley, aunque la interpretación de la legislación y la densificación de conceptos legales son realizadas e informadas cotidianamente por las costumbres administrativas. En campos con una mayor preponderancia de intereses particulares y privados, como en el derecho civil y el derecho empresarial, el papel de las costumbres es aún de mayor importancia, en virtud de las autonomías tanto privada como de la voluntad.

Las costumbres jurídicas contribuyen a la legitimidad del derecho porque no están disociadas de la cultura. Los modos de ser de determinado grupo, tanto de un sector de la sociedad como de la comunidad, condicionan las acciones de sus miembros, en tanto que la cultura está compuesta por una serie de tradiciones y costumbres.<sup>36</sup>

En cuanto al derecho internacional público y su papel en la teoría de las fuentes, casi todo está por hacerse. Sólo en fecha reciente, el Estado brasileño ratificó la Convención de Viena sobre Creación e Incorporación de Tratados (decreto número 7030/2009) y la incorporó al ordenamiento jurídico nacional.

Tradicionalmente, esa rama del derecho internacional se consideraba responsable de la regulación de los derechos y deberes de los Estados soberanos, además de ser competente en temas referidos a las organizaciones regionales (OEA, por ejemplo), a las organizaciones globales (por ejemplo la ONU), modelos de integración económica y social (destacándose, como la más desarrollada, la Unión Europea). Teniendo en cuenta que: a) la integración latinoamericana y, en especial, el Mercosur avanzan muy lentamente, y b) el pensamiento y la práctica jurídicos brasileños observan al derecho

<sup>36</sup> Acerca de las relaciones entre derechos humanos y cultura, *cfr.* Sen, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000, pp. 261-283.

básicamente desde una óptica interna, por lo que el papel de las normas, costumbres y estructuras del derecho internacional público se desvalorizan.

No se puede olvidar que el campo del derecho internacional de los derechos humanos, relevante componente contemporáneo del derecho internacional público, presenta una importancia muy reducida en la práctica y en el pensamiento jurídico actual de Brasil. Algunos ejemplos permiten ver eso con claridad.

El Supremo Tribunal Federal, en la medida denominada “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” número 130, juzgó completamente *no recepcionada* —inválida por oponerse a una norma posterior— la ley de prensa brasileña de 1967, la cual poseía reglamentación sobre el ejercicio del derecho a réplica. El sentido común jurídico sostiene, en virtud de esa decisión, que existe vacío normativo sobre la regulación específica del derecho a réplica. Se trata de una visión, como mínimo, parcialmente equivocada, ya que existe disciplina —aunque no sea abundante— en el artículo número 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969).

Las políticas públicas de combate a la miseria son objeto de polémicas jurídicas y sociales. Por otra parte, el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales impone que Brasil, por haber ratificado ese Tratado en 1992 (Decreto número 591/1992), proteja a sus ciudadanos contra las terribles consecuencias de la miseria, en los términos de los artículos 11 y 12 del Pacto.

Los derechos previstos en la Constitución, por su expresa determinación en el § 2o., no obstan a la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos por parte de la República Federativa de Brasil.<sup>37</sup> Sobre todo después de la transición del gobierno autoritario del periodo 1964-1985, diversos pactos de derechos humanos fueron ratificados, integrándose así al sistema jurídico brasileño y estableciendo obligaciones internacionales que vinculan de forma imperativa al Estado brasileño.

Así, el reducido conocimiento de los documentos internacionales de derechos humanos, tanto por parte de los profesionales del derecho cuanto de los propios ciudadanos, producen grandes daños en la promoción de esos mismos derechos y de la ciudadanía.

<sup>37</sup> “§2o. Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”.

#### IV. PARÁMETROS PARA LA REVALORIZACIÓN DE LA LEY, EN TANTO QUE FUENTE DE DERECHO

Una adecuada teoría del derecho no es independiente de la concepción de Constitución y del derecho constitucional existente, sosteniéndose en el presente ensayo la tesis de que el constitucionalismo brasileño necesita ser analizado en el marco del Estado democrático y social de derecho,<sup>38</sup> originado en la idea del imperio de la ley —con carácter fundante y general— y concretizado por el principio de la legalidad, en tanto instancia primera de control del relacionamiento *ciudadano-Estado*.<sup>39</sup>

La fuente legal necesita ser revalorizada y la centralidad de la Constitución no produce necesariamente la disminución de la ley en su condición de fuente.<sup>40</sup> En la estructura del Estado democrático y social de derecho, la ley es esencial para limitar los poderes políticos y económicos, modelando también la forma en que se promueven los derechos. Es ella la que permite el control inmediato de la acción de los agentes estatales ante la voluntad soberana del pueblo, sea por medio de la jurisdicción administrativa, sea por medio de la jurisdicción propiamente judicial.

De todos modos, para que esa revalorización no caiga en un retroceso positivista, o aun se transforme en una creencia ingenua en la democracia representativa, es preciso reconstruir las bases fundamentales de las instituciones y del proceso político-legislativo a partir de una fuerte perspectiva democrático-participativa, que atienda a los derechos fundamentales como parámetros de control esenciales del contenido de la legislación. Una pers-

<sup>38</sup> Sobre una visión constitucional informada por la Teoría del Estado, *cfr.* Bercovici, Gilberto, “Teoria do Estado e teoria da Constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas”, en Nunes, António José Avelãs y Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (org.), *Diálogos constitucionais: Brasil-Portugal*, Río de Janeiro, Renovar, 2004, pp. 263-290. Sobre el Estado democrático de derecho, *cfr.* Novais, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de direito*, Coimbra, Almedina, 2006; Costa, Pietro, “Teoria e crítica do Estado de direito”, en Costa, Pietro y Zolo, Danilo, *O Estado de direito. História, teoria, crítica*, trad. de Carlo Alberto Dastoli, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 95-198, y Canotilho, José Joaquim Gomes, *Estado de direito*, Lisboa, Gradiva, 1999.

<sup>39</sup> Conforme lo explica Jorge Reis Novais, la idea de “imperio de la ley” presupone no sólo la supremacía de la Constitución en tanto que ley fundamental, sino también la soberanía de la función legislativa. Ella presupone, también, “la clara distinción entre la ley y su ejecución concreta o aplicación particular”. Novais, Jorge Reis, *op. cit.*, p. 93.

<sup>40</sup> Para la importancia de la revalorización de la ley, *cfr.* Waldron, Jeremy, *Law and disagreement*, Nueva York, Oxford, 1999.

pectiva un poco más próxima al constitucionalismo garantista,<sup>41</sup> y distante del legalismo grosero de las primeras escuelas iuspositivistas.

Sin ese giro político, ciertamente la judicialización es un precio a pagar. Así, además del control material de su contenido a partir de los derechos fundamentales individuales y sociales, para ser válida, la ley debe expresar la voluntad popular en la construcción de las decisiones políticas y sociales, y concretizar las demás normas constitucionales. Si, por un lado, los tribunales y el pensamiento jurídico —doctrina— deben prestar una mayor consideración hacia la ley democrática, por otro, su carácter democrático necesita ser profundizado con un proceso bien estructurado que privilegie e incentive la participación.<sup>42</sup>

A tal fin, el proceso legislativo debe ser más transparente, permitiendo mayor control y participación de la minoría parlamentaria y de los grupos de la sociedad civil. De todos modos, los mecanismos de tramitación más ágiles no pueden ser empleados como instrumentos para limitar el debate y suprimir el ejercicio del disenso democrático.

Además, deben ser utilizadas con mayor frecuencia las audiencias públicas por el legislador, y con participación de un acompañamiento social relevante. La política es, por excelencia, el lugar de la construcción de las decisiones, pero su ejercicio necesita buscar fundamentos jurídicos consistentes en el marco institucional.

Faltan, en la doctrina y en los estudios jurídicos, mayores reflexiones sobre cómo el proceso legislativo funciona y cómo ese proceso debe ser elaborado. Una teoría de la legislación democrática que contemple el diálogo entre la democracia participativa y las instituciones representativas, que sea adecuada al constitucionalismo de bienestar social y a las exigencias de una sociedad cada vez más plural, aún está por ser elaborada.

En este contexto de reestructuración de la teoría de las fuentes, el papel de la jurisprudencia y la actuación del Poder Judicial demanda profundas reflexiones, de acuerdo con lo que advierte Guastini:

<sup>41</sup> Sobre este tema, consultar a Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”, en Ferrajoli, Luigi *et al.* (orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 13-56.

<sup>42</sup> Respecto de esta cuestión, son relevantes las contribuciones de la *democracia procedimental*. Cfr. Habermas, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 2a. ed., Río de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, 2 vols.

la mayor parte de las técnicas constitucionales de garantía de los derechos se reduce a alguna forma de control judicial, esto es, se trata de un control realizado por jueces, y que comporta la así denominada “aplicación del derecho”.

Por otro lado, sin embargo, el Poder Judicial no está sujeto a controles externos. Son los jueces (constitucionales) los que controlan la obediencia del legislador a las normas constitucionales; son también los jueces (ordinarios y administrativos) los que controlan la obediencia a la (fiel aplicación de la) ley por parte de los demás jueces. Mientras, no existen controles de especie sobre decisiones, ya sea de los jueces constitucionales, ya sea de los jueces de casación...

Evidentemente, esa técnica de garantía de los derechos es satisfactoria, en tanto que se piensa en la aplicación del derecho de manera formalista. Pero la misma técnica deja completamente de ser satisfactoria en el caso de que se piense, por el contrario, que el poder de juzgar es, también, un poder —en último análisis— normativo y, por tanto, un poder político.<sup>43</sup>

Además de ser necesario repensar el control sobre las decisiones judiciales, la jurisprudencia brasileña, como importante fuente del derecho, también precisa comprender su papel en el siglo XXI, que pasa por el diálogo con las cortes regionales y globales.<sup>44</sup> El concepto actual de soberanía supone el poder popular, ejercido en forma directa o por medio de sus representantes, dentro de un territorio, pero limitado 1) por la garantía a los derechos humanos y por la promoción de los mismos (limitación jurídica), y 2) por mecanismos económicos y sociales de la economía globalizada.

Desde 1998, en los términos del Decreto del Derecho del Ejecutivo Federal número 4.463/2002, Brasil reconoce la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otra parte, la práctica judicial y los estudios académicos todavía no incorporan el impacto de esa elección social y política, la que presupone la existencia de un diálogo entre cortes nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre este particular, es importante remarcar que los derechos humanos también se tornan una destacada fuente del proceso legislativo, informando no sólo a los jueces sino, especialmente, a los ciudadanos y a los legislado-

<sup>43</sup> Guastini, Riccardo, *Das fontes às normas*, São Paulo, Quartien Latin, 2005, pp. 267 y 268.

<sup>44</sup> Sobre el diálogo de cortes, *cfr.* Neves, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

res. Esto muestra que, más allá de la decisión judicial, el relacionamiento dinámico de las demás fuentes (jurisprudencia, doctrina, costumbres y derecho internacional público) contribuye a la legitimidad restauradora del valor de la ley.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Ya no existe ambiente teórico para la defensa de las viejas visiones positivistas ni para el apego primario y elemental al texto legal. Tampoco la actividad judicial puede permanecer impregnada por el reconocimiento de la discrecionalidad operada por los positivistas más sofisticados, como Kelsen. Por otro lado, tampoco la interrupción de la fuente legal por la tónica jurisprudencialista ha propiciado efectos prometedores para la efectiva aplicación de la Constitución.

En efecto, la crisis de las fuentes del derecho aquí diagnosticada demuestra que el primado del jurisprudencialismo promueve una grave inseguridad jurídica y viola los principios estructurantes y fundamentales del modelo de Estado democrático y social de derecho. En él, el gobierno de las leyes resulta incompatible con el gobierno de los jueces y sus voluntades.

De este modo, partiendo de la idea de que el constitucionalismo moderno incorpora una narrativa avanzada en términos civilizatorios, no habiendo espacio para el posmodernismo de índole relativista en relación con los valores a orientar y la elaboración normativa, se llega a la conclusión de que la centralidad de la Constitución brasileña debe ser observada y promovida, de modo que pueda ser reinventada la dogmática infraconstitucional.

De todos modos, la valoración de la Constitución no implica subestimar la importancia de la ley, que además de fuente inmediata del derecho, es un importante mecanismo de concretización y reglamentación legítima de la propia normatividad constitucional.

Esto significa que, sin renunciar a la dinámica que promueve el diálogo con otras fuentes —doctrina, jurisprudencia, costumbres y derechos humanos— como vectores que afianzan la legitimidad y la acción jurídica, y que deben informar también al legislador, la reconstrucción de la teoría de las fuentes, en claves no positivistas, pasa por dos directrices fundamentales.

La primera reside en la promoción de la presencia normativa de la Constitución por medio del control de constitucionalidad sustancial de la legislación de modo de preservar y fomentar los derechos fundamentales.

La segunda consiste en la revalorización de la ley en tanto que fuente de derecho, con observancia de su estructura textual y la comprensión de su contenido en el contexto del mundo práctico y de los juegos de lenguaje vigentes; la crisis de las fuentes no se debe a eventuales excesos en el control de constitucionalidad, sino al apego judicial a cualquier *topos* argumentativo que aparentemente provea una solución en detrimento de los textos legales.

Así, la revalorización de la ley presupone: a) mayor consideración del Poder Judicial a las decisiones sociales y políticas inscritas en el texto legal, cuando este acto normativo fuera democráticamente construido y cuente con razonable fundamentación en los derechos fundamentales, b) la reforma de las instituciones de la democracia representativa, con mayor transparencia, control y participación popular, garantizando su legitimidad y su carga de obligatoriedad, c) una ampliación de los debates entre ciudadanos, representantes de la sociedad civil y legisladores en la construcción de las leyes con, por ejemplo, mayor utilización de audiencias públicas y otras formas de expresión directa de la ciudadanía, d) la observancia del debido proceso legislativo, el cual no es compatible con el establecimiento y la práctica de procedimientos extremadamente apresurados que dificultan el diálogo democrático y la participación de los ciudadanos, y e) un compromiso profundo del legislador con la concreción de los principios y valores constitucionales.

En otras palabras, hay necesidad de autocontención del Poder Judicial, pero principalmente es fundamental rever el proceso legislativo, y la actuación de los legisladores para que el Legislativo se comprometa realmente con la democracia y la Constitución.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges *et al.*, *Introdução à teoria e à filosofia do direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

ALEXY, Robert, *Conceito e validade do direito*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*, 9a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

BERCOVICI, Gilberto, “Teoria do Estado e teoria da Constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas”, en NUNES, António

- José Avelãs y COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (orgs.), *Diálogos constitucionais: Brasil-Portugal*, Río de Janeiro, Renovar, 2004.
- BRONZE, Fernando José, *Lições de introdução ao direito*, Coimbra, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estado de direito*, Lisboa, Gradiva, 1999.
- , *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- CARAZZAI, Estilita Hass, “Após protestos e invasão, Governo do Paraná desiste de pacote fiscal”, *Folha de São Paulo*, 12 de febrero de 2015, <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/02/1589043-apos-protestos-e-invasao-governo-do-parana-desiste-de-pacote-fiscal.shtml>.
- CHAISTY, Paul *et al.*, “Rethinking the ‘Presidentialism Debate’: Conceptualizing Coalitional Politics in Cross-Regional”, *Democratization*, vol. 21, num. 1, 2014.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 3a. ed., 2011.
- COSTA, Pietro, “Teoria e crítica do Estado de direito”, en COSTA, Pietro y ZOLO, Danilo, *O Estado de direito. História, teoria, crítica*, trad. de Carlo Alberto Dastoli, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson, *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil*, 2a. ed., Río de Janeiro, Renovar, 2003.
- FACHIN, Melina Girardi, *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*, Río de Janeiro, Renovar, 2009.
- FAUSTO, Boris, *História concisa do Brasil*, 2a. ed., São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2012.
- FEREJOHN, John, “Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence”, *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999.
- , “Judicializing politics, politicizing law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, núm. 3, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”, en FERRAJOLI, Luigi *et al.* (orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*, 7a. ed., São Paulo, Atlas, 2013.

- GODOY, Miguel Gualano, *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- GUASTINI, Riccardo, *Das fontes às normas*, São Paulo, Quartien Latin, 2005.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 2a. ed., Río de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, 2 vols.
- HESPANHA, António Manuel, *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2a. ed., Coimbra, Almedina, 2009.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 7a. ed., São Paulo, WMF Martins Fontes, 2006.
- LEWANDOWSKI, Ricardo, “Minuta de anteprojeto do estatuto da magistratura”, *Supremo Tribunal Federal*, <http://s.conjur.com.br/dl/estatuto-magistratura-juizes-loman-stf.pdf>.
- MARRAFON, Marco Aurélio, *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- , *Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*, Florianópolis, Habitus, 1998.
- , “Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização”, en CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Direito constitucional V. II*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.
- y ROBL FILHO, Ilton Norberto, “Controle de constitucionalidade no projeto de lei de Conversão de medida provisória em face dos ‘contrabandos legislativos’: salvaguarda do Estado democrático de direito”, en FELLETT, André y NOVELINO, Marcelo, *Constitucionalismo e democracia*, Salvador, Jus Podivm, 2013.
- NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 12a. ed., Barcelona, Ariel, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de direito*, Coimbra, Almedina, 2006.

- PÉREZ ROYO, Javier, *Las fuentes del derecho*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1984.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto, *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- SADEK, Maria Tereza, “O poder judiciário na reforma do Estado”, en PEREIRA, Luiz Carlos Bresser *et al.* (orgs.), *Sociedade e Estado em transformação*, São Paulo, UNESP; Brasília, ENAP, 1999.
- , “Judiciário: mudanças e reformas”, *USP-Estudos avançados*, vol. 18, núm. 51, mayo-agosto de 2004.
- SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 6a. ed., 2005.
- *et al.*, “Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)”, *Revista da Esmesc*, vol. 12, núm. 18, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*, 2a. ed., Río de Janeiro, Renovar, 2001.
- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas y ROBL FILHO, Ilton Norberto, “*Empirical Legal Research: teoria e metodologia para a abordagem do processo decisório de controle de constitucionalidade do STF*”, en ALVES VESTENA, Carolina y SILVEIRA SIQUEIRA, Gustavo (orgs.), *Direito e experiências jurídicas*, Belo Horizonte, Arraes-CAPES, 2013, vol. 2.
- TREBILCOCK, Michael J. y DANIELS, Ronald J., *Rule of Law Reform and Development: Charting the Fragile Path of Progress*, Cheltenham, UK-Northampton, USA, Edward Elgar, 2008.
- WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Nueva York, Oxford, 1999.
- WARAT, Luiz Alberto, *Introdução geral ao direito: interpretação da lei, temas para uma reformulação*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*, trad. de Juárez Tavares, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.



*Fecha de recepción:* 21 de enero de 2015.

*Fecha de dictamen:* 20 de febrero de 2015.