

ISSN XXXX-XXXX

# TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

PERIÓDICO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

VOLUME 1 NÚMERO 1 JANEIRO | JUNHO 2016



## MISSÃO

TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA é um periódico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Sua missão é incentivar o intercâmbio de pesquisas contemporâneas e interdisciplinares na área de Teoria Jurídica entre acadêmicos do Brasil e do exterior. A revista é publicada duas vezes ao ano (jan.-jun./jul.-dez) e em formato exclusivamente digital. Sua linha editorial está orientada para a Teoria Jurídica Contemporânea, e desdobra-se nas seguintes temáticas: Sociedade, Direitos Humanos e Arte; Teorias da Decisão, Argumentação e Justiça; Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais. Nenhuma abordagem teórica em particular é privilegiada. O periódico compõe-se de três seções: uma Seção Geral de artigos científicos recebidos em sistema de fluxo contínuo; uma Seção Especial de artigos científicos recebidos em sistema de chamada pública sob a responsabilidade de Editor(es) Convidado(s); e uma Seção Extra dedicada à publicação de resenhas, traduções e comentários de jurisprudência. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

## EQUIPE EDITORIAL

### EDITOR CHEFE

Rachel Herdy

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

### EDITOR ASSISTENTE

Ranieri Lima Resende

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

### EDITORES ASSOCIADOS

Ana Lucia Sabadell

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Ana Paula Barbosa-Fohrmann

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Carol Proner

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Fábio Shecaira

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Lilian Balmant Emerique

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Vanessa Berner

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

### EDITORES CONVIDADOS

Maria Clara Calheiros

*Universidade do Minho, Portugal*

Margarida Lacombe

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

### ASSISTENTES EDITORIAIS

Pedro Aurélio de Pessôa Filho

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

Rafael Monnerat

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

### EDITOR DE DESIGN

Claudia Duarte

*Avellar e Duarte*

## CONSELHO EDITORIAL

**Adolfo Ceretti**

*Università de la Bicoca, Itália*

**Amalia Amaya**

*Universidad Nacional Autónoma de México, México*

**António Manuel Hespanha**

*Universidade Nova de Lisboa, Portugal*

**Armin von Bogdandy**

*Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht; Universität Frankfurt, Alemanha*

**Giovanni Damele**

*Universidade Nova de Lisboa, Portugal*

**Jan-Michael Simon**

*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha*

**Javier de Lucas**

*Universitat de Valencia, Espanha*

**Jean-Marc Thouvenin**

*Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, França*

**Jordi Ferrer Beltrán**

*Universitat de Girona, Espanha*

**José Ribas Vieira**

*Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil*

**Julio Gaitán**

*Universidad del Rosario, Colômbia*

**Michael Quante**

*Universität Münster, Alemanha*

**Michele Taruffo**

*Università degli Studi di Pavia, Itália*

**Noel Struchiner**

*Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil*

**Raffaele Di Giorgi**

*Università di Salento, Itália*

**Renato Zerbini Ribeiro Leão**

*Centro Universitário de Brasília, Brasil*

**Robert Alexy**

*Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemanha*

**Roberto Gargarella**

*Universidad Torcuato Di Tella, Argentina*

**Stanley Paulson**

*Washington University Law, Estados Unidos da América do Norte*

**Stephan Kirste**

*Universität Salzburg, Alemanha*

**Susan Haack**

*University of Miami, Estados Unidos da América do Norte*

**Ulrich Sieber**

*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha*

**Wilfrid Waluchow**

*Department of Philosophy, McMaster University, Canadá*

## CONTATO

Teoria Jurídica Contemporânea

Programa de Pós-Graduação em Direito

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rua Moncorvo Filho 8, Centro, Rio de Janeiro – RJ

CEP: 20211-340

Tel.: (21) 2242-7319

Fax: (21) 2224-8904 / Ramal 219

Contato Principal

Rachel Herdy ou Ranieri Lima Resende

E-mail: [tjc.ppgd.ufrj@gmail.com](mailto:tjc.ppgd.ufrj@gmail.com)

Contato para Suporte Técnico

Pedro Aurélio de Pessôa Filho

E-mail: [pedrodepeessoa@hotmail.com](mailto:pedrodepeessoa@hotmail.com)

Rafael Monnerat

E-mail: [rmonnerat@gmail.com](mailto:rmonnerat@gmail.com)

# SUMÁRIO

## SEÇÃO GERAL

1. UN ESQUEMA JURÍDICO CONCEPTUAL DE LA CORRUPCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ESTADOUNIDENSE Y MEXICANA  
*Amalia Patricia Cobos Campos* 6
2. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PROCESSO DELIBERATIVO ADVERSATIVO: A TESE DA “ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA”  
*Rafael Bitencourt Carvalhaes* 47

## SEÇÃO ESPECIAL CIÊNCIA, QUESTÕES DE FATO E DECISÃO JUDICIAL

3. THE PREDICTION OF FUTURE BEHAVIOR: THE EMPTY PROMISES OF EXPERT CLINICAL AND ACTUARIAL TESTIMONY  
*Andrés Páez* 74
4. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DISPENSA DA ATUAÇÃO DO EXPERT NA JUSTIÇA DO TRABALHO: UMA ANÁLISE CASUÍSTICA  
*Bruno de Pinho Garcia* 101
5. PECULIARIDADES DA ARGUMENTAÇÃO SOBRE FATOS NO CAMPO DO DIREITO  
*Fábio Shecaira e Noel Struchiner* 126
6. EL DERECHO COMO PUNTO DE PARTIDA AL CONCEPTO FILOSÓFICO DE “PRESUNCIÓN”: LA CONTRIBUCIÓN DE ULLMANN-MARGALIT  
*Janaina Matida* 144

7. NOTES ABOUT STATISTICAL EVIDENCE	
<i>Michele Taruffo</i>	161
8. EPISTEMIC VIRTUE AND ACCEPTANCE IN LEGAL FACT-FINDING	
<i>Pedro Humberto Haddad Bernat</i>	181

## SEÇÃO EXTRA

Tradução	
9. PESSOA, PESSOA DE DIREITO E O STATUS MORAL DO INDIVÍDUO HUMANO	
<i>Michael Quante</i>	206
Resenha	
10. JUDICIAL DELIBERATIONS: UMA RESENHA CRÍTICA	
<i>Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida</i>	228

# UN ESQUEMA JURÍDICO CONCEPTUAL DE LA CORRUPCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ESTADOUNIDENSE Y MEXICANA<sup>1</sup>

**Amalia Patricia  
Cobos Campos**

Miembro del Sistema  
Nacional de Investigadores  
Nivel I, Doctora en  
Derecho, Profesora  
de tiempo completo,  
investigadora y  
Coordinadora del Centro de  
Investigaciones Jurídicas de  
la Facultad de Derecho de  
la Universidad Autónoma  
de Chihuahua, México.  
pcobos@uach.mx

Recibido: junio 6, 2016

Aceito: agosto 18, 2016

## A Legal Conceptual Scheme of Corruption from an American and Mexican Perspective

### RESUMEN

En el esquema actual de evolución del Estado Mexicano hacia una sociedad mejor estructurada, y en la búsqueda de una consolidación económica; somos conscientes de la problemática que representa la corrupción. Un problema que parece inherente a la propia naturaleza humana, pero que los estados modernos se empeñan en combatir con renovados esfuerzos. En tales denuedos se han aplicado estudios para determinar los índices que la corrupción alcanza en México, con resultados nada halagüeños. El éxito o el fracaso en reducir estos, depende de contar con los mecanismos legislativos para un combate idóneo a la misma. En el presente se analiza los existentes en México y los compara con los que la regulación norteamericana determina, en la búsqueda de discernir su idoneidad.

**Palabras-clave:** Corrupción, Legislación anticorrupción, Derecho comparado.

### Abstract

In the current scheme of development of the Mexican State towards better-structured society, and the search for economic consolidation we are mindful of the issues posed by corruption. A problem that seems inherent to human nature

<sup>1</sup> El presente artículo se elaboró como producto de la investigación conjunta realizada con el PhD. Daniel Brinks, bajo el auspicio del Programa de Investigaciones Conjuntas Matías Romero de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, la Fundación Lilas Benson, la Universidad de Texas en Austin y la Universidad Autónoma de Chihuahua, México.

itself, which modern States strive to fight with renewed efforts. With such vigor, studies have been implemented to determine the rates that corruption reached in Mexico, with no encouraging results. Success or failure in reducing these depends on having the suitable legislative mechanisms for combating it. We examined the mechanisms in Mexico and compared with the American regulations, in seek of discerning the suitability.

**Keywords:** Corruption, Anti-corruption Legislation, Comparative Law.

“El derecho viene a perecer menos veces  
por la violencia que por la corrupción.”  
Enrique Lacordaire

## INTRODUCCIÓN

La corrupción es un mal que aqueja a la humanidad desde tiempos inmemoriales, no por ello es menos lesiva, por el contrario, daña desde los esquemas más básicos de los estados contemporáneos, hasta las más altas esferas del poder público. Así, vemos que:

[L]a alta Comisionada de la ONU, Navanethem Pillay mencionó que se estima que entre los años de 2000 a 2009, los países en desarrollo perdieron 8.44 billones de dólares en los flujos financieros ilícitos, diez veces más que la ayuda extranjera que reciben<sup>2</sup>.

En esta tesitura, podemos considerar que, su combate es un requerimiento ineludible para dichos estados, derivado de lo anterior, los organismos creados *ex profeso* para ello han proliferado a lo largo y ancho del planeta, partiendo de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, encontramos permanentes esfuerzos para combatirla. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, sustenta su lucha anticorrupción en la *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*<sup>3</sup>. Instrumento que ha sido fortalecido mediante recomendaciones tales como la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos, Recomendación del Consejo Sobre Medidas

<sup>2</sup> EGUÍA CASIS, 2014.

<sup>3</sup> OCDE, 2010.

Fiscales para Combatir más a Fondo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales Extranjeras en Transacciones Comerciales Internacionales, Recomendación del Consejo Sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación, Recomendación del Comité de Ayuda para el Desarrollo Sobre Propuestas Anticorrupción para las Adquisiciones con Ayuda Bilateral, todas ellas importantes pilares de la lucha anticorrupción emprendida.

Ante todo esto, la mencionada Organización, en el marco de las revisiones realizadas en tres etapas, para Evaluación a México sobre el combate al Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales publicó un documento aprobado por los 34 Estados miembros de dicho organismo; documento en el que reconoce los esfuerzos realizados por la Secretaría de la Función Pública para dar a conocer a los integrantes del sector privado de nuestro país de la existencia de un tipo penal por el referido cohecho y la responsabilidad que los representantes de dicho sector deben asumir no solo para evitar su comisión, sino para luchar por su erradicación; se advierte asimismo, el esfuerzo efectuado en materia de investigación y sanción de tales actos, haciendo hincapié en la importancia de la aprobación de la iniciativa de la denominada *ley anticorrupción*<sup>4</sup>.

Nuestro país México, en consecuencia, no ha sido ajeno a estos esfuerzos, consolidando organismos como el Comisión Nacional Anticorrupción, la Fiscalía Anti-corrupción, entre otras, sin dejar de lado la llamada Ley Anticorrupción.

En cuanto a la justificación del presente análisis, podemos sin duda argüir, que la problemática de la corrupción afecta severamente el entorno socio-económico y jurídico de nuestro país, incidiendo en un resquebrajamiento del estado de derecho nada deseable, y, en lo relativo al estudio comparativo, debemos resaltar que en materia jurídica siempre resulta enriquecedor establecer los paralelismos que existen en dos sistemas, menos disímiles de lo que pudiera parecer, como lo son el de México y los Estados Unidos de Norteamérica.

---

<sup>4</sup> OCDE, 2010.



Así, resulta válido analizar los mecanismos que un país como este último, de alto desarrollo, ha implementado para el combate y juzgamiento de las conductas que hacen proclive la germinación de este gran mal, que como ya se dijo, es tan añejo como la humanidad misma, al que ningún país en el mundo es inmune, pero, al que, unos lo combaten con más éxito que otros.

Pretendemos analizar los mecanismos que ambos países han establecido para el combate a la corrupción, en particular en materia legislativa, examinando la legislación positiva en vigor en la materia en ambos países y, con base en ello, apoyados por la construcción jurídico doctrinaria existente, determinar la idoneidad de tales dispositivos para el fin pretendido, así como el entorno conceptual que la doctrina ha construido. A su vez, lo que nos permite tener una visión más amplia de la perspectiva jurídica del problema en comento. Para ello, partimos en principio de una serie de consideraciones conceptuales que van del concepto de sociedad al del poder público y que se enlazan con la transparencia y, finalmente, con la corrupción; elaborado el sustento conceptual, se analizan las causas de la corrupción y en el siguiente apartado, se examina la regulación más trascendente en la materia, tanto en los instrumentos internacionales, como en Estados Unidos y México, para finalmente arribar a conclusiones sobre las diferencias y semejanzas aludidas.

## 1. CONSIDERACIONES CONCEPTUALES

Es esencial, para analizar y caracterizar a la corrupción, incursionar en los conceptos que están estrechamente relacionados con ella, así partiremos del concepto de sociedad para irlo hilvanando con las restantes figuras que están forzosamente vinculadas a ella y poder estructurar un adecuado panorama conceptual de la figura en análisis.

### 1.1 La sociedad y la sociedad civil bajo una perspectiva diferenciada

La palabra sociedad, proviene del vocablo latino *societas* y corresponde a “Conjunto de personas, pueblos o naciones que conviven bajo normas comunes”<sup>5</sup>. Giddens concibe a la sociedad como un “grupo de personas que vive en un territorio determinado, sometido a un sistema común de autoridad política y que es consciente de poseer una identidad que lo distingue de otros grupos”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> RAE, 2014.

<sup>6</sup> GIDDENS, 1999, p. 739.

**El poder, al igual que la corrupción, se remonta a los orígenes del hombre, en tanto este inicia su convivencia social.**

Del concepto de sociedad se ha derivado el que conocemos como sociedad civil, la cual, siguiendo a Pavón Cuéllar y Sabucedo Cameselle<sup>7</sup>, se integra por el propio concepto de sociedad que ya hemos apuntado y por el vocablo latino *civile*, es decir *societas civilis*. Como atinadamente apuntan los aludidos autores, este último vocablo deriva de la *cive* que era la ciudad, por lo que, atendiendo a su sentido etimológico, hablaríamos de una sociedad ciudadana, el Diccionario de la Lengua Española, por su parte, la estima como un “conjunto de los ciudadanos de una sociedad considerados desde el punto de vista de sus relaciones y actividades privadas, con independencia del ámbito estatal”<sup>8</sup>.

Su relevancia en el tema se da porque es precisamente esa sociedad civil la que conjuntamente con los entes del estado, construye o deconstruye el estado de derecho, ya que al ser los destinatarios del derecho vigente, sus conductas de cumplimiento del mismo o de incumplimiento con la solapada ayuda de funcionarios poco éticos que realizan conductas antijurídicas, reduce en el primer caso y eleva en el segundo la existencia de la corrupción y sus poco deseables efectos, a más de que es precisamente esa sociedad la que está exigiendo el combate a la corrupción.

## **1.2 El poder público, antecedentes y concepto**

El poder, al igual que la corrupción, se remonta a los orígenes del hombre, en tanto este inicia su convivencia social. Ligado indefectiblemente al estado-nación, el poder ha sido considerado por la doctrina como un concepto esencial para la preservación del estado de derecho, por lo que en este apartado nos abocaremos de manera concreta a esclarecer sus características y connotaciones.

Para Velásquez Turbay<sup>9</sup>, el origen etimológico del vocablo poder lo son las voces latinas *possum*, *pôtes*, *posse*, *potuit*, voces que a decir del autor combinan la calidad de capaz con la de ser o más concretamente ser en sí. Aunque la doctrina también considera que proviene de *potere*, cuyo significado literal es poder o mando<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> CUÉLLAR; CAMESELLE, 2009.

<sup>8</sup> RAE, 2014.

<sup>9</sup> VELÁSQUEZ TURBAY, 1985, p. 21.

<sup>10</sup> CARPIZO, 1999.

Son innumerables los teóricos que se han dado a la tarea de conceptualizar y explicar el poder, por lo que no pretendemos realizar una enumeración exhaustiva de sus obras, ya que abordamos el poder en su contexto integral que lo relaciona con la corrupción, por ello, bástenos mencionar algunos conceptos de amplia aceptación. Por su relevancia, insertaremos en principio el concepto de Max Weber<sup>11</sup>, quien lo considera como “la posibilidad de que una persona o varias realicen su propia voluntad en una acción en común, aun contra la oposición de otros participantes en la acción”.

Para Easton:

El poder constituye un fenómeno de relaciones, y por ende aclara que no se trata de una cosa que alguien posea, sino de una relación en la cual una persona o grupo puede decidir las acciones de otro, encaminadas a la satisfacción de fines que el primero ha predeterminado<sup>12</sup>.

En esta misma tesitura se pronuncia Aron, para quién el poder es la capacidad de un individuo para determinar la conducta de otros, complementando sus alcances al aseverar que “en su sentido más general, el poder es la capacidad de hacer, producir o destruir”<sup>13</sup>.

De estas definiciones podemos desprender las características que analizaremos en párrafos subsecuentes y que determinan la naturaleza jurídica del poder, particularmente el poder público, que se ejerce por el estado y que constituye el mecanismo *sine qua non*, para garantizar el estado de derecho y la salvaguarda de los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos, pero que, en mucho depende de la percepción de legitimidad y credibilidad que estos tengan acerca de los órganos que lo detentan.

El estado de derecho como ya se apuntó anteriormente se concretiza mediante varias figuras que le son inherentes y una de ellas es el poder público, que a su vez se sustenta en aspectos como la legitimidad, la credibilidad y la democracia. Madrid Espinosa explica que el poder público, que equivale, según su opinión, al poder político, “es aquel que está sobre todos los demás poderes que juegan sus fuerzas dentro de la dinámica social”<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> WEBER, 1977, p. 45.

<sup>12</sup> EASTON, 1968, p. 149, *apud* MONTBRUN, 2010, p. 2.

<sup>13</sup> ARON, 1968.

<sup>14</sup> MADRID ESPINOSA, 1993.

Stein, por su parte, dice que hay que diferenciar entre legitimidad y legalidad, ya que el solo hecho de que un:

[S]istema de gobierno cumpla con las exigencias democráticas, y por ende el poder ejercido en él puede considerarse en este sentido justificado, no significa que el poder público goce en todo caso de legitimidad<sup>15</sup>.

Estimamos que asiste la razón al apuntado autor, toda vez que en este caso, el sistema estaría investido de legalidad, pero no necesariamente de legitimidad, esto es así, porque como añade el autor más adelante,

[E]l Estado de Derecho meramente formal que ataba al Poder Ejecutivo a leyes, sin someter estas leyes a otros vínculos que no fueren los meramente formales, siempre era impotente ante la injusticia en forma de ley<sup>16</sup>.

En consecuencia, si bien, el poder formal proviene de la ley, ello no implica que para legitimarlo baste la ley, esta es suficiente en todo caso para su legalidad, pero lo primero, requiere de otros factores que no se encuentran en la letra de la ley, especialmente en los estados democráticos, depende en mucho de la voluntad ciudadana y su impresión proclive o no a estos.

Grimaldo Lorente nos explica que el poder público deviene en:

[E]l ejercicio de ciertas acciones y actividades que la sociedad deja en manos del estado (delega) por entender que estas serán resueltas mejor de manera colectiva. Esta delegación se hace a través de la Constitución que determina el diseño del Estado y los derechos, deberes y garantías que tienen los ciudadanos, y por el voto mediante el cual se eligen a quienes serán los representantes y servidores públicos<sup>17</sup>.

En los conceptos vinculados al poder encontramos sin duda alguna aquellos que lo caracterizan como lo son, *potestas* o *facultas*, nos detalla Ávila-Fuenmayor, y parafraseando a Mayz-Vallenilla<sup>18</sup>, añade que, unidos a la idea de fuerza que acompaña a dicho poder, se hallan los conceptos de *imperium* que el autor en cita considera como el mando supremo de la autoridad, *arbitrium* que devala la

<sup>15</sup> STEIN, 1994.

<sup>16</sup> STEIN, 1994.

<sup>17</sup> GRIMALDO LORENTE, 2016.

<sup>18</sup> MAYZ-VALLENILLA, 1982, p. 22-23, *apud* ÁVILA-FUENMAYOR, 2006, p. 216.

**La transparencia, como ha dejado en claro la doctrina y la legislación no se trata de rendir cuentas a un sujeto determinado, sino de aperturar el aparato gubernamental a los ciudadanos (...)**

voluntad o albedrío propios en el ejercicio del poder, *potentia* que se traduce literalmente en fuerza, poderío o eficacia de una persona y finalmente *auctoritas*, como la autoridad o influencia moral que emanaba de su propia virtud.

Ahora bien, la relación del poder público con la corrupción es tan estrecha que Transparencia Internacional y el Banco Mundial (2004) definen a la corrupción como *el mal uso del poder público para fines privados*.

### **1.3 La transparencia y su noción**

Un vocablo que ha cobrado relevancia internacional y que en la actualidad no alude a su sentido estrictamente gramatical, sino que invoca cualidades deseables en los estados democráticos, ya que su ausencia está estrechamente ligada a la corrupción y es por ello que la analizamos concretamente, dada su cercana vinculación.

La transparencia, como ha dejado en claro la doctrina y la legislación no se trata de rendir cuentas a un sujeto determinado, sino de aperturar el aparato gubernamental a los ciudadanos para que estos puedan analizar la actuación de los poderes del estado de manera permanente.

En esta tesitura, ha sido visualizada por Ugalde como una forma de:

[A]brir la información de las organizaciones políticas y burocráticas al escrutinio público, mediante sistemas de clasificación y difusión que reducen los costos de acceso a la información del gobierno, La transparencia no implica un acto de rendir cuentas a un destinatario específico, sino la práctica de colocar la información en la vitrina pública para que aquellos interesados puedan revisarla, analizarla y, en su caso, usarla como mecanismo para sancionar en caso de haya anomalías en su interior<sup>19</sup>.

La rendición de cuentas ha sido delimitada por el Programa Anticorrupción en México, como la obligación que tienen las personas, los organismos y las organizaciones, sin importar su índole pública, privada o social del adecuado cumplimiento de sus funciones.

<sup>19</sup> UGALDE, 2002, p. 17.

Estas figuras en su connotación jurídica aún encuentra complejidad para delimitar sus conceptualizaciones, naturaleza y diferencias y es por ello que se ha dicho que:

No existe un criterio único o consenso generalizado sobre qué es la rendición de cuentas, sino que es un tema en debate y en construcción. No es un concepto acabado, sino que se interpreta de forma distinta según el cristal con que se mire, y es diversa para los diferentes tipos de entidades, sean organizaciones sociales, gobiernos, gremios, universidades o empresas. Al mismo tiempo, la rendición de cuentas adopta formas distintas en el plano local, nacional, internacional y es influida por el contexto político, regulatorio y social de cada país<sup>20</sup>.

Estimamos que la rendición de cuentas como obligación prevista en la normatividad vigente, se enfoca al sujeto que ésta prevé que deberá recibirlas y a los lineamientos y plazos establecidos para ello, en tanto la transparencia como ya se dijo no se dirige a un sujeto determinado y el acceso a los datos debe ser constante.

Lo que sí se ha concluido, es que a menor transparencia mayor grado de corrupción<sup>21</sup>, y por el contrario, también se ha dicho, que a mayor libertad económica, menor corrupción política, esto último basado en que según las cifras de Transparencia Internacional, los países que tienen menor índice de corrupción coinciden con los de mayor independencia económica<sup>22</sup>. Lo anterior ha sido igualmente patentizado por el índice 2015 de libertad económica<sup>23</sup>.

#### **1.4 Corrupción, alcances conceptuales**

El término corrupción dice Martínez citado por Saiz Vélez, Mantilla Bautista, Cárdenas Beltrán<sup>24</sup>, proviene del verbo latino *corrumpere*, que según el autor fue adoptado de la criminología enfocándola hacia el sector público gubernamental, cuya aplicación desafortunadamente se ramificado a los ámbitos legislativo, jurisdiccional, político y administrativo.

<sup>20</sup> ICD, 2013, p. 2.

<sup>21</sup> SANDOVAL, 2009.

<sup>22</sup> LLAMAS, 2014.

<sup>23</sup> MILLER; KIM, 2015.

<sup>24</sup> VÉLEZ; BAUTISTA; BELTRÁN, 2011.

Nos dice Zorrilla, que:

[L]a palabra griega para designar el fenómeno que nosotros entendemos por corrupción es *ftarma*, Se encuentra en Aristóteles desde el título del tratado *De la generación y de la corrupción* hasta el señalamiento (en la Política) de tiranía, oligarquía y demagogia como formas corruptas de los gobiernos monárquico, aristocrático y republicano respectivamente. *Corruptio, corruptione* es el vocablo latino. En su uso ciceroniano implica relajamiento en las costumbres y al mismo tiempo acciones como el soborno. En el bajo latín, corrupción se usa con frecuencia en un sentido relativo a moral sexual<sup>25</sup>.

La doctrina ha buscado conceptos adecuados para este polisémico término, así verbigracia Dobel se puede entender la corrupción “como la incapacidad moral de los ciudadanos de formar compromisos moralmente desinteresados hacia acciones, símbolos e instituciones que benefician al bienestar colectivo”<sup>26</sup>. De esta concepción, podemos deducir que ese compromiso se pierde frente a la desigualdad, en un esquema social en el que se privilegian las diferencias sociales en materia económica, poder y *status*, que polarizan a los diferentes sectores sociales<sup>27</sup>.

En otro orden de ideas Suárez, Jabbaz e Isuani consideran como acto de corrupción a aquella conducta que desarrolla una “circunstancia puntual [...] que logra torcer la voluntad de un actor o individuo en rol ocupacional, para obtener una prebenda específica”<sup>28</sup> y añaden que el acto de corrupción se construye como “un proceso interaccional en el cual siempre están presentes, al menos, dos actores: el que corrompe y el que es corrompido. Alguien que incita y alguien que es incitado por un supuesto beneficio”<sup>29</sup>.

En la concepción de la corrupción, podemos encontrar su construcción desde diversas perspectivas, así encontramos como principales corrientes la moralista, la funcionalista, la del nuevo institucionalismo y la económica, todas ellas en un afán no solo de definir, sino también de analizarla en sus componentes y causas.

<sup>25</sup> ZORRILLA, 1984.

<sup>26</sup> DOBEL, 1976, p. 958.

<sup>27</sup> CARASSALE, 2013.

<sup>28</sup> SUÁREZ; JABBAZ; ISUANI, 2001.

<sup>29</sup> SUÁREZ; JABBAZ; ISUANI, 2001.

**(...) la percepción moralista de la corrupción depende de muchos factores subjetivos y puede resultar poco confiable (...)**

Así, la primera como su nombre lo indica, la asume desde una perspectiva moral con alto grado de subjetividad, estableciendo que la corrupción se debe a la propia naturaleza humana y es inherente a ella.

En este sentido, Corral<sup>30</sup> explica que según Bourdieu las categorizaciones y clasificaciones que organizan la percepción del mundo social, suelen operar como lo que Visacovsky denomina “evaluaciones morales” en virtud de que recurren a valores coherentes con lo correcto o incorrecto, justo o injusto, bueno o malo, decente o impúdico, apropiado o inapropiado, pero además, hay que agregar, como lo hacen Sautu *et al.*<sup>31</sup>, que dichas evaluaciones se construyen a partir de experiencias compartidas y que están contextualizadas históricamente.

A este tenor, podemos decir que la percepción moralista de la corrupción depende de muchos factores subjetivos y puede resultar poco confiable, así Cárdenas y Mijangos, concluyen que estos “enfoques moral-individualistas enfatizan principalmente el carácter individual y voluntarista de la corrupción”<sup>32</sup>.

Su carácter social lo limitan al aspecto cultural: ‘La crisis de valores’ y añaden que las soluciones se fincan en los llamados a la conciencia de los ciudadanos, lo cual como sabemos no ha resultado suficiente para frenar la corrupción, a más de que como ya se apuntó la subjetividad individual a la que apelan es un factor poco confiable, manipulable y sumamente cambiante

En cuanto a la teoría funcionalista, considera que el germen de la corrupción es el funcionamiento mismo de la estructura gubernamental, se trata de una *disfunción funcional* dice Donatella della Porta<sup>33</sup>, donde se reemplazan las normas obsoletas por otras nuevas que se adaptan a los cambios que se producen en otros subsistemas y por ende, una vez cumplida la función política y económica, la corrupción debería desaparecer.

Es evidente que esto no ocurre así, si bien es cierto, que la corrupción parece insertarse en la función pública como un mal endémico,

<sup>30</sup> CORRAL, 2014.

<sup>31</sup> SAUTU *et al.*, 2005.

<sup>32</sup> CÁRDENAS; MIJANGOS, 2006, p. 176.

<sup>33</sup> DELLA PORTA, 2001.



también lo es que no desaparece sola y que su función no es de índole política, aunque evidentemente involucra a ésta, sino delictiva o, en el mejor de los casos, antiética.

La teoría del nuevo institucionalismo se refiere a las redes de corrupción que asumen la institucionalización, de tal suerte que perviven al trascurso del tiempo y establecen una “base de continuidad institucional que descarrila las reformas y proporciona impunidad para aquellos que participan en actos corruptos”<sup>34</sup>. También se añade por los doctrinarios que han analizado el tema que, cuando el poder no tiene un adecuado control, la corrupción se inserta fácilmente, ante el incentivo de la aparentemente insalvable burocracia<sup>35</sup>.

Es evidente que no podemos justificar la existencia de la corrupción por la ineficiencia en el desempeño de la función pública, por lo que la solución que los estados buscan es a través de la simplificación y no usando la corrupción.

Finalmente, la percepción económica lleva a considerar que el estado con su intervención genera ineficiencia, frena la economía y se le considera por ello responsable de la corrupción<sup>36</sup>, recordemos que en los orígenes del capitalismo se justificaba la corrupción como una forma de activación de la economía<sup>37</sup>.

Es igualmente irrefutable, que la corrupción, contrario a lo que dice esta teoría, en lugar de impulsar la economía, frena la inversión extranjera y crea inseguridad en las finanzas, lo que deriva en la desconfianza de los inversionistas, que para nada abona al crecimiento económico.

Malem Seña, en un análisis adecuado a nuestro juicio, considera que las características de la corrupción son las siguientes<sup>38</sup>:

- a) Implica la vulneración de un deber que el cargo impone al funcionario
- b) Para existir requiere de un marco normativo de referencia que puede ser económico, político, ético o jurídico.

<sup>34</sup> DELLA PORTA, 2001.

<sup>35</sup> AAKRE, 1998, *apud* MUÑOZ PORTAL, 2004, p. 40-41.

<sup>36</sup> AAKRE, 1998, *apud* MUÑOZ PORTAL, 2004, p. 40-41.

<sup>37</sup> SALAMA; VALIER, 1995.

<sup>38</sup> MALEM SEÑA, 2000.

- c) No todo acto de corrupción es antijurídico, ese carácter depende de la normatividad de cada estado.
- d) Sus actos se enfocan a la obtención de un beneficio al que el autor llama extraposicional, y que puede darse no solo en numerario sino en favores políticos y hasta sexuales.
- e) Tiende a realizarse en secreto.

En consecuencia y pese a las teorías que pretenden justificarla, la corrupción es una conducta negativa que no solo daña a quienes en ella intervienen-aunque piensen que están obteniendo un beneficio-lesiona la sociedad entera y merma su esquema de valores.

**De lo apuntado podemos inferir que una de las causas importantes, ha sido sin duda el factor cultural que le dio un viso de normalidad a esta ilegalidad prevaleciente.**

### 1.5 Causas y consecuencias de la corrupción

En principio es de reconocerse, como ya se dijo, que la percepción de la corrupción no fue siempre negativa, por el contrario, como registran Loughman and Sibery, frases como “*a part o culture*”, “*the cost of doing Business*”, “*our competitors are doing it*”<sup>39</sup>, entre muchas otras, que en los países de habla hispana se tradujeron en afirmar que “la corrupción es la grasa que aceita la maquinaria”, se constituyeron en justificaciones con las que los ciudadanos y las empresas eran proclives a dejarse arrastrar por prácticas antiéticas e ilegales que fueron incrementando la corrupción a niveles insospechados.

Al respecto Meyer se pregunta<sup>40</sup>: ¿cuál máquina? -en clara alusión a la grasa que requiere para moverse- Y se responde que la de la economía y la política fusionadas en una sola máquina, concluyendo que frente a este *contubernio*, el concepto de servicio público se torna inexistente.

De lo apuntado podemos inferir que una de las causas importantes, ha sido sin duda el factor cultural que le dio un viso de normalidad a esta ilegalidad prevaleciente. Un distinto aspecto a considerar, lo es la ineficiencia del estado en el desempeño de la administración pública, que parece potencializar a la corrupción.

Según Gray y Kaufmann<sup>41</sup>, otra causa importante lo es, el nivel de desarrollo de un país, si este es escaso, estiman los referidos autores

<sup>39</sup> LOUGHMAN; SIBERY, 2012, p. 1.

<sup>40</sup> MEYER, 2016.

<sup>41</sup> GRAY; KAUFMANN, 1998.

que es proclive a sufrir una corrupción endémica con mucha mayor facilidad que uno de alto desarrollo.

En lo relativo a las consecuencias, Casar considera que estas se pueden visualizar desde diversos ámbitos, en principio, lo que la autora designa como “el pernicioso efecto sobre el ánimo nacional”<sup>42</sup>, que no resulta nada baladí, si somos conscientes de la importancia que esto tiene para el desarrollo de nuestro país y para el estado de derecho; a este punto si bien de índole subjetivo, no por ello menos trascendente, como ya se indicó, le sigue la falta de legitimidad y credibilidad de los ciudadanos en el estado, sus instituciones y por supuesto sus representantes, que ha sido materia de amplia discusión en la doctrina dados sus nocivos efectos en la vida nacional, el desarrollo y la democracia misma.

Gamero, por su parte, concluye que, desde una perspectiva económica, tomando como base la teoría del mismo nombre, la corrupción disminuye las inversiones y reduce el crecimiento económico; igualmente lleva a bajar la calidad no sólo de los servicios públicos, sino también de la infraestructura, “al ser la causa de que las personas de talento se dediquen a buscar rentas más que a participar en actividades productivas y porque, al comportarse el servidor público como un monopolista que maximiza su renta, se producen decisiones que distorsionan la composición del gasto público”<sup>43</sup>.

En esto aspectos negativos, coincide la doctrina que ya hemos analizado anteriormente, y que se hace evidente, ante el desarrollo económico de los países con menor índice de corrupción, como es el caso de Dinamarca que según los indicadores de Transparencia Internacional, ha estado desde 2012 en el primer lugar como el país menos corrupto del mundo<sup>44</sup>.

## 2. DOS ESQUEMAS LEGALES UN MISMO COMBATE

Como sabemos, en la actualidad el combate a la corrupción asume búsquedas de solución que traspasan las fronteras y que se traducen en convenios y acuerdos internacionales que obligan a los estados a

<sup>42</sup> CASAR, 2015, p. 6.

<sup>43</sup> GAMERO R., 2002.

<sup>44</sup> NACIONES UNIDAS, 2003.

su combate; en igual medida, los estados contemporáneos enfocan sus esfuerzos a combatirla y a implementar mecanismos legales de la magnitud necesaria para incidir en una reducción significativa de la misma, analizaremos, en consecuencia, los instrumentos internacionales más relevantes en la materia y la legislación interna en México y Estados Unidos, que igualmente resulta más trascendente en el ámbito de nuestro estudio, para plasmar un panorama legislativo del mismo y, para patentizar el compromiso de ambos estados con el combate a la corrupción y la búsqueda de instrumentos idóneos para su erradicación

Lo anterior, pese a los cuestionamientos que ambos países han recibido, ante los escándalos de corrupción que han involucrado a gobernadores e incluso han alcanzado las presidencias de los mismos, lo que parece impulsarlos a endurecer las medidas, mecanismos, políticas públicas y legislación para su combate, en la búsqueda de una devaluada credibilidad, pero que hasta la fecha no se han traducido en menor impunidad, ni han saneado la falta de confianza de los justiciables en sus autoridades, ni la deteriorada imagen que el poder público evidencia en los países materia de nuestro estudio.

## **2.1 Regulación transnacional**

### **2.1.1 Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción**

El instrumento más importante en la materia, a nivel internacional, lo es sin duda la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en cuanto obliga en su artículo 5 inciso 3 a los Estados Parte a que *procuren* “evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción”<sup>45</sup>; aunque se trata únicamente de una evaluación, sabemos que son estos ejercicios reflexivos los que determinan la idoneidad o no de una determinada política pública o legislación para los fines que ha sido implementada o promulgada, según sea el caso.

El artículo 6, de particular relevancia, obliga a los estados en los siguientes términos:

---

<sup>45</sup> NACIONES UNIDAS, 2003.

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como:

a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5<sup>46</sup> de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas;

b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción.

2. Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida.

Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones<sup>47</sup>.

El numeral que alude a los procesos derivados de los actos de corrupción es el artículo 30 que a la letra, y en lo conducente, dice:

#### Artículo 30. Proceso, fallo y sanciones

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.

2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre cuales-

<sup>46</sup> Para mayor claridad se inserta el contenido del artículo 5 de la Convención que a la letra dice: Artículo 5. Políticas y prácticas de prevención de la corrupción. 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas. 2. Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción. 3. Cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción. 4. Los Estados Parte, según proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas mencionadas en el presente artículo. Esa colaboración podrá comprender la participación en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción.

<sup>47</sup> NACIONES UNIDAS, 2003.

quiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

3. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos.

4. Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que, al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación, se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

5. Cada Estado Parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos.

6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procedimientos en virtud de los cuales un funcionario público que sea acusado de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia.

7. Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para:

a) Ejercer cargos públicos; y b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado<sup>48</sup>.

Los esfuerzos del instrumento internacional en estudio, se orientan esencialmente al encausamiento penal de quienes incurren en las conductas enumeradas y que constituyen tipos penales, de ahí que la obligación de los estados será tipificar estas conductas en sus ordenamientos internos de la materia. Otro aspecto importante es que se orienta igualmente a una regulación del fuero más idónea, para evitar que basándose en esta figura, quienes incurren en las conductas penales establecidas puedan eludir su responsabilidad.

En otro orden de ideas, el ordenamiento, hace también referencia a la necesaria creación de procedimientos *ex profeso* para inhabilitar en la función pública a futuro a quienes son condenados por estos ilícitos.

### **2.1.2 Convención Interamericana contra la Corrupción**

Otro instrumento internacional relevante, tanto para los Estados Unidos como para México, es la Convención Interamericana contra la Corrupción, este instrumento es anterior a la Convención de Naciones Unidas, por lo que puede considerarse como el primero en reconocer los efectos nocivos de la corrupción en los estados contemporáneos.

Como muchos ordenamientos modernos, la Convención establece un glosario en el que incluye voces como función y funcionario público; por lo que se refiere a la competencia en cuestiones de jurisdicción de los tipos penales que se derivan de la corrupción, en su artículo V prevé la responsabilidad a cargo de los Estados Partes, de adoptar las medidas necesarias para ejercer dicha jurisdicción en los delitos tipificados por la convención, obvio decir, que igualmente le corresponderá dicha competencia por los que en la materia tipifique a nivel interno.

La convención propiamente crea el tipo penal de la corrupción y asume que encuadran en el mismo las siguientes conductas:

El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios [...] para sí mismo

<sup>48</sup> NACIONES UNIDAS, 2003.

**Sanciona, asimismo, dos tipos penales estrechamente relacionados con la corrupción, como lo son, el soborno internacional y el enriquecimiento ilícito (...)**

o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios [...] para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

La participación [...] en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo<sup>49</sup>.

Sanciona, asimismo, dos tipos penales estrechamente relacionados con la corrupción, como lo son, el soborno internacional y el enriquecimiento ilícito, el primero es asimilado por el instrumento a la corrupción, solo que en este caso el funcionario público deberá ser de otro estado; y en el segundo supuesto que llama enriquecimiento ilícito estima que se actualiza cuando existe “el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

En este instrumento encontramos ya mecanismos de seguimiento implementados por la Organización de Estados Americanos, a través de su Departamento de Cooperación Jurídica, en el que ha establecido un instrumento denominado *Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción*, también conocido como MESICIC, por las siglas que se la atribuyen.

Al respecto, en la actualidad, encontramos que se han suscrito como Estados Parte los siguientes países que incluimos por orden alfabético: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia,

<sup>49</sup> OEA, 1996.



Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Como es sencillo advertir, tanto México como los Estados Unidos son estados firmantes, lo que de suyo nos lleva a observar que cuando menos en lo formal, existe el compromiso de ambos países con el combate a la corrupción.

Los objetivos del MESICIC se centran en:

Promover la implementación de la Convención y contribuir al logro de sus propósitos;

Dar seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados Parte y analizar la forma en que están siendo implementados; y

Facilitar la realización de actividades de cooperación técnica; el intercambio de información, experiencia y prácticas óptimas; y la armonización de las legislaciones de los Estados Parte<sup>50</sup>.

### **2.1.3 Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico**

Primordial, resulta igualmente, analizar la Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)<sup>51</sup>, que devela la preocupación de los estados modernos en la materia, especialmente en lo que atañe a las transacciones internacionales y su problemática.

En su artículo primero tipifica *el delito de cohecho de servidores públicos extranjeros*, y en su fracción primera en lo conducente prescribe:

1. Cada parte tomará las medidas necesarias para establecer que es un delito punible bajo su ley el que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa o efectúe un pago indebido u otra ventaja, sea

<sup>50</sup> OEA, 2011.

<sup>51</sup> OCDE, 2010.

directamente o a través de intermediario, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario actúe o deje de hacer, en cumplimiento de sus deberes oficiales, con el propósito de obtener o mantener un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales<sup>52</sup>.

En este mismo precepto, la fracción 4, define al servidor público extranjero como:

[T]oda persona que detente una posición legislativa, administrativa o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluyendo para una agencia pública o empresa pública, o cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional<sup>53</sup>.

Otro punto de interés es que el artículo segundo prevé la obligación de los estados Parte en regular y sancionar a las personas morales por el tipo penal en análisis, puesto que es evidente que las grandes corporaciones son las que más fácilmente pueden incidir en estas conductas y evidentemente que se necesitan dos partes en este tipo penal, el funcionario y el particular persona física o moral que pretende verse favorecidos mediante dádivas en dinero o en especie, asimismo, sabemos que mucho se ha discutido de la posible responsabilidad penal de las personas morales<sup>54</sup>.

Sin embargo, los ordenamientos ya empiezan a contemplar dicha responsabilidad, verbigracia en México, el Código Nacional de Procedimientos Penales ya prevé la posibilidad de procesar penalmente a estas personas jurídicas, creando incluso un apartado especial en el Capítulo II del ordenamiento al que intituló “Procedimiento para Personas Jurídicas”, que comprende de los artículos 421 al 425;<sup>55</sup> otro tanto hace la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, a la que aludiremos en párrafos subsecuentes.

<sup>52</sup> OCDE, 2010.

<sup>53</sup> OCDE, 2010.

<sup>54</sup> FLORES GARCÍA, 1957.

<sup>55</sup> MÉXICO, 2014.

#### 2.1.4 Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales

Esta recomendación fue adoptada por el Consejo que lleva su nombre y que es parte de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico el 26 de noviembre de 2009, y se centra esencialmente en recomendar la perseverancia en la lucha anticorrupción, pero además hace hincapié en la instrumentación como tipo penal del cohecho a servidores públicos extranjeros y en la creación de estímulos fiscales que fortalecen el combate del cohecho.

Si bien se trata únicamente de una recomendación que por su esencia no es vinculante para los Estados miembros, representa el fortalecimiento de los esquemas de lucha contra este mal endémico de la corrupción.

#### 2.2 Regulación en México

En México, bajo la actual administración federal, se ha buscado crear un esquema anticorrupción de manera integral, se le denominó *Sistema Nacional Anticorrupción*, el cual a decir del Presidente de la República Lic. Enrique Peña Nieto,

[C]oordinará a las autoridades encargadas de prevenir, investigar y sancionar los posibles actos de corrupción, así como a aquellas responsables de fiscalizar los recursos públicos. El Sistema contempla un Comité de Participación Ciudadana integrado por 5 mexicanos distinguidos que, junto con las autoridades, velará por los intereses de la sociedad [...] Esta experiencia de cambio institucional, de cambio de mentalidad, pero sobretudo de cambio cultural nos demuestra que sí es posible evolucionar, que sí es posible transformar a nuestro país y un esfuerzo ciudadano que se da de manera sostenida<sup>56</sup>.

La discusión ha sido tan álgida en el poder legislativo que se ha tardado más de lo acostumbrado en emitir la legislación, pese a la relevancia del tema- o quizá precisamente por ello-, el mismo se encuentra aún a la fecha en debate en el Senado de la República, los puntos más importantes en discusión se refieren a: Sistema Nacional Anticorrupción, Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y la Ley de Fiscalización.

<sup>56</sup> PEÑA NIETO..., 2015.

La reforma en principio, propuso modificaciones en materia de combate a la corrupción a los artículos 22, 28, 41, 73, 74, 76, 79, 104, 108, 109, 113, 114, 116, y 122, así como al Título Cuarto de la Constitución General de la República<sup>57</sup>, con 11 artículos transitorios<sup>58</sup>. La reforma constitucional fue promulgada hace casi un año, mediante el “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción”, y publicada el 27 de mayo de 2015 en el Diario Oficial de la federación:

El Sistema contará con un Comité Coordinador integrado por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación, de la fiscalía responsable del combate a la corrupción, de la Secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno, por el Magistrado Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el Comisionado Presidente del organismo garante que establece el artículo 6o de la Constitución, así como por un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana<sup>59</sup>.

Dicha reforma se centra básicamente en los siguientes puntos:

Atribuciones que se le conceden en la materia a la Auditoría Superior de la Federación, a la Secretaría de la Función Pública, al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción.

La conformación de un Comité Coordinador y un Comité de Participación Ciudadana.

El Congreso de la Unión deberá emitir una Ley general que establezca las bases de coordinación entre las autoridades de los órganos de gobierno, debiendo aclarar que el régimen de responsabilidades si incluye la responsabilidad de los particulares en la materia.

Los entes públicos federales, estatales y municipales, deberán contar con órganos políticos de control, al igual que el Distrito Federal y los propios órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales.

<sup>57</sup> Estas reformas se aprobaron y se promulgaron mediante DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción. de fecha 20 de mayo de 2015, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27/05/2015.

<sup>58</sup> MÉXICO, 2015a

<sup>59</sup> MÉXICO, 2015b.

Obligación de los servidores públicos de declarar los conflictos de interés y sanciones en caso contrario.

Severas sanciones a los servidores públicos y particulares que incurran en actos de corrupción.

Las facultades sancionadoras se concentran en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, teniendo jurisdicción en lo tocante a casos que involucren a funcionarios públicos pertenecientes a los tres poderes constitucionalmente establecidos, o a los organismos públicos autónomos de la federación, entidades federativas y municipios<sup>60</sup>.

Queda, en consecuencia, aún en la mesa de los debates parlamentarios la discusión que quizá en pocos días veremos cristalizada en una reforma integral a las respectivas leyes orgánicas de las Secretarías involucradas en especial la de la Función Pública, así como la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que adquirirá competencia en caso de aprobarse la reforma en sus términos, como órgano jurisdiccional sancionador en materia de corrupción, salvo, evidentemente en materia penal, dado que cuando la conducta tipifica además un delito, deberá conocer el juzgador competente en la materia, que a la fecha en materia federal lo es el juez de Distrito.

En cuanto a la legislación ordinaria, nos abocaremos a analizar únicamente la directamente enfocada al problema en estudio, conscientes de que múltiples ordenamientos contemplan regulación relacionada, especialmente en las leyes orgánicas, y en espera de que, en breve término el Congreso de la Unión en México cristalice las disposiciones necesarias para seguir avanzando en el combate a la corrupción.

### **2.2.1 Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas**

Esta ley entró en vigor en el 2012, el objetivo de la ley se encuentra claramente establecido en su artículo primero, del que nos parece en particular relevante la fracción primera que es del siguiente tenor literal:

Artículo 1. La presente Ley es de orden público y de interés general y tiene por objeto:

---

<sup>60</sup> PWC, 2015.

## La ley trata de abarcar el complejo universo de las contrataciones públicas, que representan indudablemente, uno de los talones de Aquiles de la administración pública en materia de corrupción (...)

I. Establecer las responsabilidades y sanciones que deban imponerse a las personas físicas y morales, de nacionalidad mexicana y extranjeras, por las infracciones en que incurran con motivo de su participación en las contrataciones públicas de carácter federal previstas en esta Ley, así como aquéllas que deban imponerse a las personas físicas y morales de nacionalidad mexicana, por las infracciones en que incurran en las transacciones comerciales internacionales previstas en esta Ley<sup>61</sup>.

Del antelado artículo podemos inferir que abarca no solo transacciones de orden interno, sino también internacional, y que los sujetos materia de la misma pueden ser tanto personas físicas como morales y no limita su ámbito de aplicabilidad al desempeño de la función pública, y así lo refrenda el contenido del artículo segundo de la referida ley cuando determina como sujetos de la ley a las personas física o morales, sin importar su nacionalidad, que participen en contrataciones federales mexicanas, cualquiera que sea el carácter de su participación u representación; así como quienes intervengan en dichas transacciones cuando sean de carácter interaccional y en cuanto a los servidores públicos les finca responsabilidad bajo los supuestos del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La ley trata de abarcar el complejo universo de las contrataciones públicas, que representan indudablemente, uno de los talones de Aquiles de la administración pública en materia de corrupción, y estipula que se entiende como

[C]ontrataciones públicas de carácter federal: Los procedimientos de contratación, sus actos previos, y aquéllos que deriven de la celebración, ejecución y cumplimiento de contratos en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios, obra pública y servicios relacionados con la misma [...]<sup>62</sup>.

### 2.2.3 Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con recursos de procedencia ilícita

Este ordenamiento al igual que el antes analizado fue promulgado en el 2012, pero a diferencia de ésta, su objetivo es distinto, toda vez que de conformidad con su artículo segundo, se dirige a la tutela

<sup>61</sup> MÉXICO, 2012.

<sup>62</sup> MÉXICO, 2012.

del sistema financiero y la economía nacional y busca prevenir que estos se vean afectados por recursos de procedencia ilícita o por el uso de recursos lícitos en operaciones ilícitas, por lo que encauza especialmente a lo que coloquialmente se conoce como “lavado de dinero”.

La normatividad hace especial énfasis en la protección de las actividades vulnerables, y entiende por tales en los términos de su artículo 17, las vinculadas a la práctica de juegos con apuesta, concursos o sorteos, la emisión o comercialización, de tarjetas de servicios, de crédito, prepagadas y las que realicen almacenamiento de valor monetario, o de cheque de viajero, emitidas por personas distintas a las Entidades Financieras. Así como Operaciones de mutuo, construcción, desarrollo o intermediación en venta o constitución de derechos respecto de inmuebles entre muchos otros, todo ello siempre que no se realice por entidades financieras; los donativos a ONG y las agencias aduanales.

Llama la atención la diferenciación de los montos en salarios mínimos que varía de unas operaciones a otras, al parecer aleatoriamente, puesto que se utiliza un índice menor para las obras de arte que para los vehículos, siendo que el mercado marca una tendencia contraria; aunado a lo anterior y dado que se ha gestado ya la reforma para dejar de utilizar este parámetro, suponemos que todas estas regulaciones serán ajustadas a nuevos baremos ajenos al salario mínimo.

#### **2.2.4 Código de Ética de los servidores públicos del Gobierno Federal**

Si bien existen igualmente otros ordenamientos similares en los poderes del estado, tales como Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, tal vez de mayor completitud, consideramos que es el Código de Ética de los Servidores Públicos del Gobierno Federal, que fue publicado mediante el *Acuerdo por el que tiene por objeto emitir el Código de Ética de los servidores públicos del Gobierno Federal, las Reglas de Integridad para el ejercicio de la función pública, y los Lineamientos generales para propiciar la integridad de los servidores públicos y para implementar acciones permanentes que favorezcan su comportamiento ético, a través de los Comités de Ética y de Prevención de Conflictos de Interés*<sup>63</sup>, acuerdo que estimamos se

<sup>63</sup> MÉXICO, 2015c.

debe analizar, por considerar que al estar la regulación de la materia enfocada esencialmente a estos servidores, su ordenamiento de ética es bastante relevante, y, contrario al ordenamiento que le precedió en la materia, éste, promulgado en 2015, no se limita exclusivamente a enumerar algunos conceptos y valores esperados, sin numeración, sino que contiene de entrada una serie de principios de orden constitucional que el servidor público debe respetar, partiendo del principio de legalidad, seguido de honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, aunque debemos aclarar, que no es un acto formalmente legislativo el que le da vida, sino un acuerdo administrativo que evidentemente no tiene igual peso normativo.

Se estima que actúa con imparcialidad cuando el servidor público:

Da a los ciudadanos y a la población en general el mismo trato, no conceden privilegios o preferencias a organizaciones o personas, ni permiten que influencias, intereses o prejuicios indebidos afecten su compromiso para tomar decisiones o ejercer sus funciones de manera objetiva<sup>64</sup>.

Así entendido, consideramos pertinente examinar el término imparcialidad y dilucidar si respecto del mismo existen diferencias con la objetividad en él contenida, según lo dispuesto por la normatividad en cita; al respecto, Trujillo realiza un interesante análisis de ésta figura y nos dice que la complejidad del término emana de los disímiles contextos en que se desenvuelve, según se trate del epistemológico, el ético, el jurídico o el político<sup>65</sup>; es por ello que ha habido dificultades en su definición doctrinaria.

Por su parte, Barry lo concibe como “un criterio de justicia alternativo a la ley del más fuerte”<sup>66</sup>, es decir lo relaciona como un principio más bien coherente con las cuestiones jurisdiccionales, que es donde usualmente se utiliza, y es por ello, que llama la atención que se le haya inserto en este ordenamiento que obliga a los funcionarios públicos, empero, parece evidente que existen muchos aspectos en los que les es aplicable, especialmente aquellos funcionarios que habitualmente resuelven peticiones de los ciudadanos, y es que, como concreta Trujillo, la imparcialidad “viene requerida por la

<sup>64</sup> MÉXICO, 2015d.

<sup>65</sup> TRUJILLO, 2007, p. 9.

<sup>66</sup> BARRY, 1996.



exigencia argumentativa de la despersonalización”<sup>67</sup>, es por ello que decimos que se encuentra estrechamente ligada a la objetividad, ya que encontramos autores como Puy, para quién son sinónimos partiendo de que, como afirma:

[S]e califica de objetivo al derecho, cuando en él [...], brilla la imparcialidad, o sea, la cualidad de excluir lo que beneficia a unos en perjuicios de otros, por acabar compensando los beneficios y los sacrificios de todos, según los diversos momentos, estados o situaciones, de la comunidad. En resumidas cuentas, el derecho objetivo es, así, el derecho que es imparcial<sup>68</sup>.

En cuanto a los valores esperados, el cuerpo normativo deja sentado que el servidor público debe privilegiar el interés público y destaca igualmente el respeto y la no discriminación como muy relevantes en su desempeño.

Existen a la par, como ya se apuntó, otros ordenamientos relacionados, tales como la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y en materia procesal la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, y la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, a cuyo análisis no entraremos por ser ajeno a las pretensiones del presente estudio.

### 2.3 Regulación en USA

Al igual que la mexicana,<sup>69</sup> la Constitución Norteamericana,<sup>70</sup> prevé la figura, de hecho, debemos reconocer que la primera constitución de Estados Unidos ya hace mención al problema y consagra el *impeachment*, que no era otra cosa que un juicio político, que se seguía en contra de quienes cometían actos de soborno, corrupción o traición, mientras ocupaban cargos como jueces o en la presidencia. El artículo primero en su inciso sexto facultaba al Senado de manera exclusiva para conocer de acusaciones por responsabilidades oficiales, y en caso de ser el presidente, se atribuía la presidencia del conocimiento del asunto a quien presidiera el Tribunal Supremo.

<sup>67</sup> TRUJILLO, 2007, p. 81.

<sup>68</sup> PUY, 1981.

<sup>69</sup> MÉXICO, 1917.

<sup>70</sup> USA, 1787.

## (...) la corrupción en materia federal es la principal preocupación para el estado norteamericano y su departamento de justicia (...)

Esta figura jurídica en su regulación actual, nos dice Fernández Segado, debe entenderse, que solo puede actualizarse en delitos que han sido tipificados como tales en leyes federales, la constitución hace referencia en varios numerales respecto a la misma, y establece no solo la destitución del cargo para quién incurre en ella, sino que igualmente deja implícito que queda sujeto a responsabilidad, de donde, estima Fernández Segado, no podemos concluir “de manera inexcusable que una conducta penalmente tipificada, pueda a su vez constituir un *impeachment*”<sup>71</sup>.

Henning y Radek establecen que la constitución norteamericana actual prevé dos tipos específicos que son la traición y el soborno, ya que, aseguran, la corrupción en materia federal es la principal preocupación para el estado norteamericano y su departamento de justicia y, reconocen que no han sido pocos los casos de corrupción a altos niveles de la administración pública, a este tenor, hacen mención expresa al caso del gobernador Rod Blagojevich, exgobernador de Illinois, y que es muy reciente, ya que aún está subjuice<sup>72</sup>. Este caso llegó a las más altas esferas en virtud de que entre las 20 acusaciones de soborno y extorsión por las que se le juzga, se encuentra el cargo de intentar vender o intercambiar el puesto al senado federal, que dejó vacante Barack Obama al ser electo como presidente de los Estados Unidos.

Analizaremos en este apartado, los instrumentos legislativos más relevantes en la materia en este país y, los comentarios que la doctrina jurídica norteamericana ha vertido sobre ellos, para un mejor análisis de sus contenidos y alcances.

Según Henning y Radek:

[T]he prosecution of public corruption has been a priority of the U.S. Department of Justice. There has been a shortage case, from prosecution o members of Congress to governors and state legislators to local officials throughout the country<sup>73</sup>.

Algunos casos judiciales son más relevantes que otros y alcanzan los más altos niveles de la función pública, pero lo esencial, es que existan los mecanismos legislativos idóneos para su persecución, tanto a

<sup>71</sup> SEGADO, 2013, p. 557.

<sup>72</sup> HENNING; RADEK, 2011, XIX.

<sup>73</sup> HENNING; RADEK, 2011, XIX.

nivel interno como internacional y que estos sean efectivamente aplicados para combatirla.

### **2.3.1 *The Foreign Corrupt Practices Act of 1977***

Es este el principal instrumento normativo en la materia en los Estados Unidos, sin embargo, en principio, estimamos de relevancia resaltar como lo hacen Loughman and Sibery<sup>74</sup>, que durante muchos años *The Foreign Corrupt Practices Act of 1977*, conocida por sus siglas en inglés como FCPA, no fue un estatuto que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos considerara como significativo para ser utilizado en la persecución internacional del soborno, y es por ello añaden, que en los primeros 25 años de vida del mismo, son muy pocas las decisiones emitidas con base en él; sin embargo esto cambió en 2010 en que el propio Abogado General Breuer reconoció que a partir de ese momento sería una nueva era para este estatuto y señaló: “[o]ur FCPA enforcement is stronger, than it’s ever been- and getting stronger”<sup>75</sup>.

El estatuto en examen, contiene sanciones tanto civiles como penales, que prohíben a los ciudadanos y a las compañías locales o extranjeras, o a las personas que actúen en su nombre, que en las operaciones de comercio interestatales ofrezcan dinero u otras prestaciones a oficiales extranjeros para obtener o retener negocios. En una sana interpretación de su contenido Loughman y Sibery, consideran que es aplicable a cualquier persona que sea ciudadano o residente o a cualquier asociación o compañía independientemente del carácter que tenga, siempre que haya sido integrada bajo las leyes de los Estados Unidos o de uno de sus estados o territorios<sup>76</sup>.

Lo que no resulta tan sencillo dilucidar, es a quién se refiere la norma cuando habla de *foreign official* y, los precitados doctrinarios, consideran que por tal la ley entiende a cualquier oficial o empleado de un gobierno extranjero, o cualquier departamento, agencia o dependencia de los mismos u organizaciones públicas internacionales o cualquier persona que actúe a título oficial o en nombre de cualquier gobierno, departamento, agencia o dependencia del mismo o de una organización pública internacional<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> LOUGHMAN; SIBERY, 2012, p. 4.

<sup>75</sup> LOUGHMAN; SIBERY, 2012, p. 5.

<sup>76</sup> LOUGHMAN; SIBERY, 2012, p. 13.

<sup>77</sup> LOUGHMAN; SIBERY, 2012, p. 14.

La página web del Departamento de Justicia de los Estados Unidos nos dice que este instrumento legislativo fue promulgado para:

[T]he purpose of making it unlawful for certain classes of persons and entities to make payments to foreign government officials to assist in obtaining or retaining business. Specifically, the anti-bribery provisions of the FCPA prohibit the willful use of the mails or any means of instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of any offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of money or anything of value to any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given or promised, directly or indirectly, to a foreign official to influence the foreign official in his or her official capacity, induce the foreign official to do or omit to do an act in violation of his or her lawful duty, or to secure any improper advantage in order to assist in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person<sup>78</sup>.

Podemos, en consecuencia, concluir que este ordenamiento se enfoca a los mismos objetivos que el instrumento internacional denominado: *Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico* (OCDE), instrumento al que ya hemos hecho alusión en párrafos anteriores y que, al igual que la regulación en cita, reconoce los alcances de la corrupción en transacciones internacionales con la coparticipación de entes privados y cuyas actuaciones inciden en la economía interna e internacional.

### **2.3.2 Theft conversion and embezzlement of federal property**

Este estatuto a decir de Henning y Radek<sup>79</sup>, aunque tipifica los delitos contra la propiedad, combina una amplia gama de presupuestos que generan diversos delitos en una sola disposición, ya que contempla la malversación, transporte, uso venta o disposición de bienes de cualquier clase que sean propiedad del gobierno, sus dependencias u organismos.

En este sentido vale la pena señalar el caso de *Sabri vs U.S.*, donde la Suprema Corte determinó:

<sup>78</sup> USA, 2016.

<sup>79</sup> HENNING; RADEK, 2011, p. 55.

in passing the limited scope of § 641 demonstrates that it was to apply to acts which constituted larceny or embezzlement at common law and also acts which shade into those crimes but which most strictly considered might not be found to fit their fixed definitions<sup>80</sup>.

### **2.3.3 U.S. Code: Title 18 - Crimes and Criminal Procedure**

Respecto a la regulación del tema en estudio, en particular del delito de *bribery*, su previsión en el ordenamiento penal respectivo, se da en el capítulo 11 del ordenamiento al rubro indicado, y al establecer las definiciones que la ley estipula en su numeral 201, establece que el término oficial público involucra:

Miembro del Congreso, delegado o comisionado residente, ya sea antes o después de que dicho funcionario ha calificado, o un oficial o empleado o persona que actúa para o en nombre de los Estados Unidos, o cualquier departamento, agencia o sucursal del gobierno, incluyendo el distrito de Columbia, en cualquier función oficial, bajo o autoridad de cualquier departamento, agencia o sucursal del gobierno, o un miembro del jurado<sup>81</sup>.

Es de llamar la atención que para el soborno se considera como oficial público a los integrantes del jurado, en tanto desempeñan una función de orden e interés público, cuando menos, en tanto fungen como tales en el respectivo procedimiento, situación que evidentemente no se actualiza en México al no existir en el proceso penal adversarial la figura del jurado.

En cuanto a la tipificación de la conducta el propio precepto determina incurre en soborno (*bribery*):

(b) Cualquiera que:

(1) directamente o indirectamente, corruptamente da, ofrece o promete cualquier cosa de valor a cualquier funcionario público o persona que ha sido seleccionado para ser un funcionario público ofrece o promete cualquier funcionario público o cualquier persona que ha sido seleccionado para ser un funcionario público para dar algo de valor a cualquier otra persona o entidad, con la intención de: (A) influir en cualquier acto oficial; o

<sup>80</sup> HENNING; RADEK, 2011, p. 56.

<sup>81</sup> USA, 1948, p. 45.

(B) para influir en un funcionario público, o persona que ha sido seleccionada para serlo a cometer o ayudara a cometer, conspirar o permitir cualquier fraude en los Estados Unidos, o dar la oportunidad de que se cometa; o

(C) Inducir a dichos oficiales públicos o persona que ha sido seleccionada para serlo a realizar u omitir cualquier acto en violación a su deber legítimo;

(2) Siendo funcionario público, o personas seleccionada para serlo, directa o indirectamente de manera corrupta, exija, pida, reciba, o esté de acuerdo en recibir o aceptar cualquier cosa de valor, ya sea personalmente o para otra persona o entidad a cambio de:

(A) Haber sido influenciado en el desempeño de cualquier acto oficial

(B) Haber sido influenciado para cometer o ayudar a cometer en connivencia cualquier fraude o facilitar su comisión en los Estados Unidos; o

(C) Haber sido inducido para realizar u omitir cualquier acto en violación de su deber legítimo de dicho funcionario o persona.

(3) Recibir directa o indirectamente, en forma corrupta, dádivas, ofertas, promesas o cualquier cosa de valor a cualquier persona, o las ofertas o promesas de dicha persona para dar algo de valor a cualquier otra persona o entidad con la intención de influir en el testimonio que esta realice bajo juramento o en las declaraciones que esta realice como testigo en un juicio, audiencia u otro procedimiento, ante cualquier tribunal, comité de cualquiera o ambas Cámaras del Congreso, o cualquier agencia, comisión o funcionario autorizado por las leyes de los Estados Unidos para desahogar pruebas o tomar declaraciones, o con la intención de influenciar a la persona para alejarse de la verdad.

(4) Directa o indirectamente en forma corrupta, exige, pide, recibe, acepta o está de acuerdo en recibir o aceptar, cualquier cosa de valor personalmente o para cualquier otra persona o entidad a cambio de dejarse influenciar en el testimonio bajo juramento, o declaración como testigo en cualquier juicio, audiencia u otro procedimiento, o a cambio de alejarse de la verdad. [...] <sup>82</sup>.

El tipo penal busca cubrir a cabalidad todas las conductas que comprenden los actos de corrupción.

<sup>82</sup> USA, 1948, p. 45-46.

## La complejidad de la corrupción parte incluso de la dificultad para encontrar una definición universal de la misma (...)

Al igual que en México en la legislación de Estados Unidos, existen otros ordenamientos que se relacionan con la problemática analizada, por ejemplo, *The Procurement Integrity Act*, sin embargo, el de mayor relevancia es el estatuto de 1977, que es el que se enfoca directamente a las cuestiones de corrupción, si bien se aboca esencialmente a las transacciones internacionales.

### CONCLUSIONES

La complejidad de la corrupción parte incluso de la dificultad para encontrar una definición universal de la misma, ya que son muchos los conceptos propuestos, por ello asumiremos un concepto mixto de los analizados y coincidiremos en que quién realiza estas conductas carece de compromiso con el bienestar común.

Así diremos que la corrupción es una conducta antijurídica en la que los sujetos intervinientes, uno de ellos servidor público, haciendo uso indebido de la función que desempeña, con sus acciones resquebrajan el estado de derecho y las posibilidades de crecimiento económico y desarrollo social al carecer de vinculación con el interés colectivo.

En cuanto a las teorías que tratan de explicar la naturaleza de la corrupción, diremos que, de las analizadas ninguna parece alcanzar la esencia del problema y mucho menos visualizan soluciones, puesto que en su mayoría parecen apelar a la normalidad de su existencia, lo que al tenor de los estados contemporáneos y su normatividad interna y transnacional, resulta inaceptable.

Los problemas que viven los estados modernos en materia de corrupción, no son similares a los padecidos con anterioridad por las mismas razones, toda vez que los avances en tecnologías de información han hecho más complejo el entramado del mismo y dificultan su prevención y sanción.

En este orden de ideas, pareciera percibirse un entorno de impunidad que ha llevado a los Estados Unidos a endurecer el ejercicio de su estatuto anticorrupción y a México a implementar el Sistema Nacional Anticorrupción cuyo debate, como ya se dijo, está llevándose a cabo en el Senado de la República, pero que como avance tiene ya una importante reforma constitucional realizada en el 2015.

La legislación evidentemente busca reducir los niveles de corrupción en ambos países y evitar la impunidad de la que parecen gozar muchos de los que incurren en estas conductas ilícitas, cuya principal víctima es la sociedad en general, empero parece que no basta la ley, esta asimismo requiere de la implementación de los mecanismos y sanciones adecuados para que se cumpla y deje de imperar la impunidad que parece acompañar a la corrupción hasta nuestros días tanto en Estados Unidos como en México.

En cuanto a las semejanzas y diferencias que existen en ambos en lo relativo al tema en discusión, consideramos que respecto a lo primero, esto es las semejanzas, parten de la consagración constitucional del combate a la corrupción, pero esta, se encuentra prevista con mayor acuciosidad en la carta fundamental mexicana que en la norteamericana, resultando en consecuencia más prolífica la legislación ordinaria que de la constitución se deriva en dicho país.

Por lo que hace al tratamiento jurisdiccional de la problemática, en México se busca la sanción a nivel interno y se enfoca esencialmente a reprimirlo como delito, mientras que el sistema norteamericano se orienta hacia lo transnacional, pese a los graves problemas internos en la materia y, sus sanciones, son esencialmente de carácter pecuniario y administrativo; no desconocemos que existen también tipos penales, pero el enfoque esencial es la sanción pecuniaria y en el caso de los funcionarios en ambos estados la destitución del cargo.

Respecto al procedimiento, si bien en ambos países se privilegia la oralidad en el sistema penal, en México no existe la figura del jurado que prevé el sistema norteamericano que ha enfrentado cuestionamientos importantes de la doctrina por su vulnerabilidad y posible manipulación, por lo que es el juzgador en quién recae toda la responsabilidad de la administración de justicia, que no comparte como su homólogo norteamericano con un jurado sin conocimientos jurídicos; los Estados Unidos parecen extender su jurisdicción de manera transnacional en algunos casos incluso sin sustento jurídico para ello, lo cual no ocurre en México que como y se dijo se enfoca a resolver su problemática a nivel interno.

La terminología evidentemente difiere como se ha analizado, no solo por la cuestión del idioma sino por los alcances de su



significado y la falta de uniformidad de dicha terminología en los diversos ordenamientos.

Finalmente, en ambos países existe impunidad en la materia y una percepción social negativa respecto al tema, su persecución y sanción; aunque, es de reconocerse que el reproche social es más palpable en México que en Estados Unidos, pero no implica que en este último no exista.

## REFERENCIAS

ARON, Raymond. *Democracia y totalitarismo*. Barcelona: Seix Barral Ed., 1968.

ÁVILA-FUENMAYOR, Francisco. El concepto de poder en Michel Foucault. *Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, Maracaibo, v. 8, n. 2, p. 215-234, 2006.

BARRY, Brian. *A Treatise on Social Justice, Volume II: Justice as Impartiality*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

CARASSALE, Santiago. Corrupción. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, n. 4, p. 172-178, mar.-ago. 2013.

CÁRDENAS, Jaime; MIJANGOS, María de la Luz. Acerca del marco teórico de la corrupción. In: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. II: sistemas jurídicos contemporáneos. México: UNAM, 2006. p. 167-226. Disponible en: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/11.pdf>>. Accedido en: 20 abr. 2016.

CARPISO, Jorge. El poder: Su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXXII, n. 95, p. 321-356, mayo-ago. 1999.

CASAR, María Amparo. *México: Anatomía de la corrupción*. México: Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C. (CIDE)/Instituto Mexicano para la Competitividad A.C. (IMCO), 2015.

CORRAL, Damián. En torno a la política como “problema moral”. El clivaje corrupción-anticorrupción como principio de diferenciación política en la centroizquierda de los noventa. *Trabajo y Sociedad*, Santiago del Estero, n. 22, p.

447-459, 2014. Disponible en: <<http://www.unse.edu.ar/trabajosociedad/22%20CORRAL%20centroizquierda%20corrupcion.pdf>>. Accedido en: 18 abr. 2016.

CUÉLLAR, David Pavón; CAMESELLE, José Manuel Sabucedo. El concepto de “sociedad civil”: Breve historia de su elaboración teórica. *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilla, n. 21, p. 63-92, primer semestre 2009.

DELLA PORTA, Donatella. Los actores de la corrupción: políticos de negocios en Italia. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n. 21, p. 23-34, mayo-ago. 2001. Disponible en: <<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=download&path%5B%5D=261&path%5B%5D=261>>. Accedido en: 18 abr. 2016.

DOBEL, J. Patrick. The Corruption of a State, *American Political Science Review*, v. 72, n. 3, p. 958-973, sept. 1978.

EGUÍA CASIS, Alicia. Corrupción en México, normativa para eliminarla y percepción ciudadana. *Ciencia Administrativa*, Veracruz, n. 1, p. 31-39, 2014.

FLORES GARCÍA, Fernando. La responsabilidad penal de la persona jurídica colectiva. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, México, n. 30, p. 29-74, sept.-dic. 1957.

GAMERO R., Julio H. Causas y consecuencias de la corrupción: una perspectiva económica. *Revista Probidad*, dic./2001-ene./2002. Disponible en: <<http://www.revistaprobidad.info/017/005.html>>. Accedido en: 24 sept. 2016.

GIDDENS, Anthony. *Sociología*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GRAY, Cheryl W.; KAUFMANN, Daniel. Corrupción y desarrollo. *Finanzas & Desarrollo*, Mar. 1998. Disponible en: <[http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/gray\\_spanish.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/gray_spanish.pdf)> Accedido en: 15 abr. 2016

GRIMALDO LORENTE, Jaime. *El poder público*. CIEPROL-ULA. Disponible en: <<http://catalogo-media.canaimaeducativo.gov.ve/>>. Accedido en: 18 abr. 2016.

HENNING, Peter; RADEK, Lee J. *The Prosecution and Defense of Public Corruption: The Law and Legal Strategies*. New York: Oxford University Press, 2011.

INSTITUTO DE COMUNICACIÓN Y DESARROLLO [ICD]. *Transparencia, rendición de cuentas y legitimidad. Manual*

para organizaciones de la sociedad civil. Montevideo: CIVICUS/ICD, 2014. Disponible en: <<http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/12/Manual-Transparencia-rendici%C3%B3n-de-cuentas-y-legitimidad.pdf>>. Accedido en: 15 abr. 2016.

LLAMAS, M. A mayor libertad económica, menor corrupción política. Dieciséis de los veinte países menos corruptos del mundo se sitúan también entre las 20 economías más libres del planeta. *Libre Mercado*, 12 de septiembre de 2014. Disponible en: <<http://www.libremercado.com/2014-12-09/a-mayor-libertad-economica-menor-corrupcion-politica-1276535515/>>. Accedido en: 24 sep. 2016.

LOUGHMAN, Brian P.; SIBERY, Richard A. *Bribery and Corruption. Navigating the Global Risks*. New Jersey: John Wiley & Sons/Ernest & Young LLP, 2012.

MADRID ESPINOSA, Alfonso. La legitimación del poder público. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, n. 189-190, p. 91-103, mayo-ago. 1993.

MALEM SEÑA, Jorge F. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2000.

MÉXICO. Congreso Constituyente. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Congreso Constituyente. *Diario Oficial de la Federación*, 5 de Febrero de 1917.

MÉXICO. Congreso de la Unión. Código de Ética de los Servidores Públicos del Gobierno Federal. *Diario Oficial de la Federación*, 20 de agosto de 2015d.

MÉXICO. Congreso de la Unión. Código Nacional de Procedimientos Penales. *Diario Oficial de la Federación*, 5 de Marzo de 2014.

MÉXICO. Congreso de la Unión. Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas. *Diario Oficial de la Federación*, 11 de Junio de 2012.

MÉXICO. Poder Ejecutivo de la Nación. Secretaría de la Función Pública. Acuerdo por el que tiene por objeto emitir el Código de Ética de los servidores públicos del Gobierno Federal, las Reglas de Integridad para el ejercicio de la función pública, y los Lineamientos generales para propiciar la integridad de los servidores públicos y para implementar acciones permanentes que favorezcan su comportamiento ético, a través de los Comités de Ética y de Prevención de Conflictos de Interés. *Diario Oficial de la Federación*, 20 de agosto de 2015c.

MÉXICO. Secretaría de Gobernación. *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción*. 27 de mayo de 2015b. Disponible en: <[http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015)>. Accedido en: 24 sept. 2016.

MÉXICO. Senado de la República. *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Anticorrupción y Participación Ciudadana; de Gobernación, y de Estudios Legislativos, segunda, sobre la minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción*. 16 de Abril de 2015a. Disponible en: <[http://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios\\_legislativos2/docs/dictamen\\_140415.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios_legislativos2/docs/dictamen_140415.pdf)>. Accedido en: 22 sept. 2016.

MEYER, Jean. La corrupción. El tema tristemente de actualidad en todas partes. *El Universal*, 10 de enero de 2016. Opinión. Disponible en: <<http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/jean-meyer/nacion/2016/01/10/la-corrupcion>>. Accedido en: 24 sept. 2016.

MILLER, Terry; KIM, Anthony B. *Puntos destacados del Índice 2015 de Libertad Económica. Fomentando oportunidad económica y prosperidad*. Tradução Miryam Lindberg. Washington: The Heritage Foundation/The Wall Street Journal, 2015. Disponible en: <[http://www.heritage.org/index/pdf/2015/book/Highlights\\_Spanish.pdf](http://www.heritage.org/index/pdf/2015/book/Highlights_Spanish.pdf)>. Accedido en: 20 abr. 2016.

MONTBRUN, Alberto. Notas para una revisión crítica del concepto de poder. *Polis, Revista Latinoamericana*, Santiago, n. 25, p. 2-16, 2010. Disponible en: <<https://polis.revues.org/58>> Accedido en: 19 abr. 2016.

MUÑOZ PORTAL, Sandra Valeria. República Checa: una transición de la corrupción comunista a la corrupción democrática. Tesis de Licenciatura en Relaciones Internacionales. Disponible en: <[http://catarina.udlap.mx/u\\_dl\\_a/tales/documentos/lri/munoz\\_p\\_sv/capitulo2.pdf](http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/munoz_p_sv/capitulo2.pdf)>. Accedido en: 19 sept. 2016.

NACIONES UNIDAS. Oficina contra la Droga y el Delito. *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, Resolución AG 58/4, 31 de octubre de 2003. Disponible en: <[https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)>. Accedido en: 22 sept. 2016.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS [OEA]. Secretaria de Asuntos Jurídicos. *Convención Interamericana contra la Corrupción*. 1996. Disponible en: <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-58\\_contra\\_Corruption.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruption.asp)>. Accedido en: 22 sept. 2016.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS [OEA]. Secretaría de Asuntos Jurídicos. Departamento de Cooperación Jurídica. *¿Qué es el MESICIC?* 2011. Disponible en: <[http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic\\_intro\\_sp.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_intro_sp.htm)>. Accedido en: 24 sept. 2016.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO [OCDE]. *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y documentos relacionados*. 2010. Disponible en: <[https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_Spanish.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf)>. Accedido en: 22 sept. 2016.

PEÑA NIETO promulga Sistema Nacional Anticorrupción. *Forbes*, México, 27 de mayo de 2015. Disponible en: <<http://www.forbes.com.mx/pena-nieto-promulga-sistema-nacional-anticorrupcion/>>. Accedido en: 22 abr. 2016.

PUY, Francisco. Derecho objetivo y derecho subjetivo. In: CURIEL, José Luis (Comp.). *Simposia I. Memorias del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*. México: UNAM, v. V, p. 127-139, 1981.

PWC MÉXICO SERVICIOS FORENSES [PWC]. *Análisis y contexto de las reformas constitucionales del Sistema Nacional Anticorrupción*. Disponible en: <<https://www.pwc.com/mx/es/servicios-forenses/archivo/2015-04-anticorrupcion.pdf>>. Accedido en: 21 abr. 2016.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [RAE]. *Diccionario de la lengua española*. 23. ed. Madrid, 2014

SALAMA, Pierre; VALIER, Jacques. Corrupción y pobreza. *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*. México, v. I, n. 4, p. 45-67, sept.-dic. 1995.

SANDOVAL, Irma Eréndira (Coord.). *Corrupción y transparencia. Debatiendo las fronteras entre estado, mercado y sociedad*. México: Siglo XXI/UNAM, 2009.

SAUTU, Ruth *et al.* Corrupción y democracia en la Argentina: la interpretación de los Estudiantes universitarios. *Revista Argentina de Sociología*, Buenos Aires, v. 3, n. 4, p. 9-31, mayo-

jun. 2005. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26930402>>. Accedido en: 20 abr. 2016.

SEGADO, Francisco Fernández. *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson, 2013.

STEIN, Torsten. Estado de derecho, poder público y legitimación desde la perspectiva alemana. *Working Papers*, Barcelona, n. 88, 1994. Disponible en: <[http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP\\_I\\_88.pdf?noga=1](http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_88.pdf?noga=1)>. Accedido en: 18 abr. 2016.

SUÁREZ, Francisco; JABBAZ, Marcela; ISUANI, Fernando. La corrupción organizacional: aportes para el desarrollo teórico-conceptual. *Revista Probidad*, Buenos Aires, n. 14, 2001. Disponible en: <<http://www.revistaprobidad.info/014/art13.html>>. Accedido en: 22 abr. 2016.

TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad*. México: UNAM, 2007.

UGALDE, Luis Carlos. *Rendición de cuentas y democracia en México*. México: IFE, 2002.

UNITED STATES OF AMERICA [USA]. *Constitution of the United States of America*, 17 de Septiembre de 1787. Disponible en: <[http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>. Accedido en: 22 sept. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA [USA]. Department of Justice. *Foreign Corrupt Practices Act: An Overview*. Disponible en: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Accedido en: 22 sept. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA [USA]. Government Publishing Office. *Title 18 – Crimes and Criminal Procedure*. June 25, 1948. Disponible en: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title18/pdf/USCODE-2011-title18.pdf>>. Accedido en: 24 sept. 2016.

VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. *El poder político*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1985.

VÉLEZ, José Enrique Saiz; BAUTISTA, Sergio Iván Mantilla; BELTRÁN, Jesús María Cárdenas. Corrupción: una descripción del concepto y de las limitaciones metodológicas para su medición. *Gestión & Sociedad*, Bogotá, v. 4, n. 1, p. 77-100, ene.-jun. 2011.

WEBER, Max. *Estructuras de poder*. Buenos Aires: Ed. Pléyade, 1977.

ZORRILLA, Ramón. *La corrupción político-administrativa. Un acercamiento histórico y valorativo*. México: ITAM, Estudios, 1984.

# A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PROCESSO DELIBERATIVO ADVERSATIVO: A TESE DA “ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA”

Rafael Bitencourt  
Carvalhaes

Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO); Especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ); Especialista em Direito Público e Privado pela UNESA/FEMPERJ.  
rafael.carvalhaes.adv@gmail.com

Recebido: abril 30, 2016

Aceito: agosto 18, 2016

## The Judicialization of Public Policy and the Deliberative Adversative Process: the “Last Provisional Word” Thesis

### RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a judicialização das políticas públicas diante do processo deliberativo democrático, em que o judiciário serve de espaço público para construção e formulação de políticas públicas. Para tanto, verificar-se-á o papel do STF como uma arena política para o debate público através da análise institucional deliberativa, na perspectiva da Democracia Constitucional Brasileira pós 1988, que vinculou a agenda pública dos atores governamentais à realização de direitos sociais e individuais. Com isso, o desfecho da investigação pretende comprovar que a democracia deliberativa pode ser uma solução razoável na tomada de decisões e de escolhas públicas.

**Palavras-chave:** Política Pública, Justiça e Política, Democracia Deliberativa.

### Abstract

This paper aims to examine the judicialization of public policies in the democratic decision-making process, in which the judiciary serves as a public space for construction and development of public policies. Thus shall be verified the role of the Supreme Court as a political arena for public debate through deliberative institutional analysis, from the perspective of Brazilian Constitutional Democracy after 1988 which linked the public agenda of government actors into realization



of social and individual rights. Thus, the outcome of the research aims to prove that deliberative democracy can be one reasonable solution on decision making and public choices.

**Keywords:** Public Policies, Justice and Politics, Deliberative Democracy.

## **A problemática de uma constituição dirigente na formulação de diretrizes políticas desencadeou uma ampla judicialização da política, renovando o papel do judiciário nas novas democracias.**

### **INTRODUÇÃO**

Estado democrático de direito é um problema jurídico-político (juspolítico), ante o desenho institucional propiciado pela Constituição de 1988. A problemática de uma constituição dirigente na formulação de diretrizes políticas desencadeou uma ampla judicialização da política, renovando o papel do judiciário nas novas democracias.

Direito e política são questões inter-relacionais no âmbito das políticas públicas, destacando-se neste cenário a atuação do judiciário na formulação de políticas públicas, bem como os fenômenos referentes ao ativismo jurídico e o processo de judicialização no atual cenário brasileiro. A construção teórica da atividade jurisdicional na formulação de políticas públicas pode ser analisada através de um processo deliberativo adversativo, revisando os posicionamentos hegemônicos da supremacia judicial ou legislativa. Os aportes teóricos ora apresentados tendem a criar um ponto de reflexão quanto à formulação das políticas públicas através da democracia deliberativa, ensejando novas matrizes epistemológicas para análise da atividade jurisdicional.

O texto foi organizado em três tópicos. No primeiro será analisado o paradigma da judicialização das políticas públicas diante do atual desenho constitucional e dos arranjos políticos. No segundo capítulo será debatido os argumentos a favor e contra a supremacia judicial, focando no debate travado entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Ao fim, com base nas lições de Carlos Santiago Niño e Conrado Hübner Mendes, pretende-se demonstrar que o modelo deliberativo adversativo torna contingencial a questão da “última palavra”, elevando o desempenho deliberativo institucional na formação do consenso, implicando na continuidade do debate e na melhor implementação de políticas públicas.



## 1. POLÍTICAS PÚBLICAS E O PARADIGMA DA JUDICIALIZAÇÃO

O conceito de política pública teve uma grande influência da ciência política americana, não havendo uma univocidade quanto a sua definição. John W. Kingdon de forma simplificada define políticas públicas como:

um conjunto de processos, incluindo pelo menos: o estabelecimento de uma agenda; a especificação das alternativas a partir das quais as escolhas são feitas. Uma escolha final entre essas alternativas específicas, por meio de votação no legislativo ou decisão presidencial, e a implementação dessa decisão<sup>1</sup>.

Celina Souza destaca que não existe uma única, ou a melhor, definição sobre políticas públicas, mas que geralmente a análise gira em torno de atos de governo, destacando que<sup>2</sup>:

Do ponto de vista teórico conceitual, a política pública em geral e a política social em particular são campos multidisciplinares, e seu foco está nas explicações sobre a natureza da política pública e seus processos. Por isso, uma teoria geral da política pública implica a busca de sintetizar teorias construídas no campo da sociologia, da ciência política e da economia<sup>3</sup>.

Nesse passo, verifica-se que a tradição da ciência política no que tange à análise de políticas públicas esteve mais preocupada com sua definição enquanto modelo e estrutura de análise, do que com uma definição substantiva que discrimine o conteúdo das políticas públicas. No Brasil, boa parte dos cientistas políticos formulou suas definições com base nas propostas dos politólogos americanos que, ao tratarem da matéria, realizaram uma ampla divisão no que tange o conteúdo, focando as análises nas formas e ciclos da política pública. Contudo, com o avanço do constitucionalismo e da análise multidisciplinar, alguns autores buscaram uma definição jurídica das políticas públicas, a fim de adequá-las ao sistema jurídico contemporâneo. Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Maria Paula Dallari Bucci:

<sup>1</sup> KINGDON, 2006, p. 221.

<sup>2</sup> Nessa mesma linha, a definição de Thomas R. Dye, ao destacar as políticas públicas como uma escolha governamental entre “o que fazer” ou “o que não fazer”, configurando um processo de escolhas que regulamentam e organizam a sociedade (DYE, 2013, p. 3).

<sup>3</sup> SOUZA, 2006, p. 25.

Política pública é um programa de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo em que se espera o atingimento dos resultados<sup>4</sup>.

Destarte, nos pontos abordados pela autora em sua definição, deve-se destacar que sua teoria pretende delinear um espaço epistemológico novo para o direito, ante a “necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular dos direitos sociais”<sup>5</sup>.

Neste cenário, também se destacam as críticas levantadas por Diogo R. Coutinho que ao analisar “o direito nas políticas públicas”, promove “uma provocação aos juristas brasileiros”, uma vez que a análise empreendida por acadêmicos, juristas, magistrados e demais atores do campo do direito encontra-se distante do ponto de vista acadêmico, acarretando uma visão empobrecida do controle social e da participação nas políticas públicas no Brasil. O autor aponta que a análise das políticas públicas encontra-se limitada a um direito administrativo anacrônico de matiz liberal, cujas raízes ainda encontram-se no direito francês do século XX, destacando ainda que:

Para os juristas administrativistas as políticas públicas são, em regra, formalmente traduzidas como uma sucessão de atos administrativos e não como um continuum articulado e dinâmico, estruturado em torno de fins previamente articulados a meios (...). Essa visão fragmentária impõe limitações severas à compreensão de políticas públicas como planos de ação prospectivos que, para serem efetivos e eficazes, precisam de alguma dose de flexibilidade e revisibilidade (isto é, serem dotados de mecanismos de autocorreção), já que estão em permanente processo de implementação e avaliação<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> BUCCI, 2006, p. 39.

<sup>5</sup> BUCCI, 2006, p. 3.

<sup>6</sup> COUTINHO, 2013, p. 187.

Desta forma, a fim de solucionar tal problema metodológico, o autor analisa o direito nas políticas públicas sob quatro vieses. No primeiro, o objetivo do direito é indicar uma diretriz normativa que delimita de forma geral o dever a ser perseguido em termos de ação governamental. “E ao serem juridicamente moldadas, as políticas públicas passam, *a priori* e/ou *a posteriori* pelos crivos de constitucionalidade e legalidade, que situam como válidas ou não em relação ao conjunto normativo mais amplo”<sup>7</sup>. No segundo, o direito é analisado sob a dimensão institucional das políticas públicas, em que o direito é responsável pela viabilização e articulação entre os atores e a organização dos programas institucionais. Na terceira via de análise, o direito é utilizado como ferramenta de políticas públicas na seleção e formação de meios empregados para execução e modelagem de uma determinada política pública. Nesse aspecto, “o direito não apenas pode ser entendido como conjunto de meios pelos quais os objetivos últimos da política pública são alcançados, mas também como regras internas que permitem a calibragem e a autocorreção operacional dessas mesmas políticas”<sup>8</sup>. Por fim, autor apresenta o direito como vocalizador das demandas em políticas públicas, em que o direito deve prover mecanismos de deliberação, participação, colaboração e decisão conjunta, a fim de que as políticas públicas possam ser tomadas com base em uma argumentação aberta da sociedade<sup>9</sup>.

Corroborando a proposta empreendida, Cláudio Gonçalves destaca que a Constituição “estipula os conteúdos legítimos das políticas públicas que resultam no jogo político – determinando quais programas de ação governamental poderão ser iniciados, interrompidos, alterados ou prosseguidos”<sup>10</sup>. Assim, o interesse público absorvido pela Constituição vincula a análise das políticas (*policy*) quanto ao seu conteúdo, bem como o processo político de formulação (*politics*). Para verificar as políticas públicas nas democracias constitucionais é necessário entender a vinculação entre governo, democracia e governabilidade. Logo, a vinculação constitucional a um programa específico de Estado democrático tende a imprimir um determinado ideal

<sup>7</sup> COUTINHO, 2013, p. 188.

<sup>8</sup> COUTINHO, 2013, p. 195.

<sup>9</sup> COUTINHO, 2013, p. 197.

<sup>10</sup> COUTO, 2006, p. 97.

## **A maximização de direitos e a eventual ampliação do Estado na consecução de direitos prestacionais elevam a análise da política pública à seara do dirigismo político da Carta Constitucional de 1988.**

na formação de políticas públicas, gerando um compromisso com as normas fundamentais inseridas pela carta constitucional.

Nesse sentido, Thiago Lima Breus destaca que “as políticas públicas como mecanismo por excelência de ação estatal, estar-se-á divulgando um discurso jurídico de efetivação das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais sociais, haja vista que eles terão um meio adequado e abrangente para serem realizados”<sup>11</sup>. O autor trata a questão ante as novas vertentes do constitucionalismo brasileiro, destacando a força normativa e a supremacia da constituição, bem como a realização de uma constituição permeada por direitos fundamentais propiciam uma catalisação das políticas públicas no Estado Constitucional, apontando que:

A inserção dos princípios no ordenamento jurídico do Estado constitucional propicia ainda o dirigismo da Constituição, que atua como norte para atuação do aparato administrativo por meio do estabelecimento e da implementação de políticas públicas, que se tornam o meio político jurídico por excelência à disposição do Estado para atendimento aos elementos programáticos da Constituição, que, nos países de modernidade tardia como o Brasil, permanecem plenamente vigentes<sup>12</sup>.

A maximização de direitos e a eventual ampliação do Estado na consecução de direitos prestacionais elevam a análise da política pública à seara do dirigismo político da Carta Constitucional de 1988. Tendo em vista esse cenário político, muitas críticas são formuladas à vinculação do programa constitucional, alegando que a concepção de uma constituição dirigente tenderia a substituir o processo político, que por sua vez limitaria a própria soberania popular. Para Gilberto Bercovici, a constituição dirigente não suprimiu a atuação política, pelo contrário, “ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional”<sup>13</sup>.

Por outro lado, a assimilação entre constitucionalismo e políticas públicas é facilmente identificável pela gama de alterações que a Constituição de 1988 vem sofrendo nos últimos vinte e cinco anos, já que a constituição brasileira apresenta uma média anual de

<sup>11</sup> BREUS, 2007, p. 205.

<sup>12</sup> BREUS, 2007, p. 271.

<sup>13</sup> BERCOVICI, 1999, p. 40.

3,8 emendas constitucionais, contando com as de revisão, perfazendo um total de 91 emendas constitucionais, gerando uma verdadeira “assembleia constituinte permanente”<sup>14</sup>.

Segundo Marcus André Melo, o processo de mudança constitucional é determinado pelas escolhas dos constituintes quanto aos compromissos futuros, ou seja, quanto mais fragmentado for o processo político, mais chances de emendamento para acomodar os novos interesses políticos. No caso do Brasil, o marco da constituinte foi o pluralismo<sup>15</sup>, logo a incerteza sobre o processo político futuro fez com que os constituintes investissem em dispositivos abrangentes, rígidos e amplamente constitucionalizados, a fim de manter suas eventuais preferências caso estivessem na oposição, nesse sentido:

O processo constituinte brasileiro herdou relativamente intacto o poder judiciário do governo militar e apresentava ainda fortes incertezas sobre o jogo democrático em virtude do papel importante dos militares no processo de transição. A transição democrática esteve marcada efetivamente por incertezas. A aliança Democrática que comandava a coalizão de transição não tinha expectativas de manutenção do *status* de maioria no futuro próximo<sup>16</sup>.

Tornaram-se uma patologia na Constituição de 1988, as emendas que determinavam o rumo político do Brasil, mitigando em grande parte o dirigismo constitucional de 1988. Rogério B. Arantes e Cláudio G. Couto identificaram a presença de uma gama de políticas públicas constitucionalizadas, e que essa presença estava diretamente associada a processo de governabilidade. Inicialmente, registra-se indispensável à divisão a contextualização dos termos “*polity*”, “*politics*” e “*policy*”, o primeiro estaria ligado ao pacto relativamente neutro entre os diversos atores políticos, o segundo refere-se ao relacionamento dinâmico e conflitivo entre os atores políticos, e o último relaciona-se com vitória e derrota sobre temas controversos entre diferentes atores<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> MELO, 2013, p. 187-206.

<sup>15</sup> Marcus André Melo explica que “a opção por uma constituição detalhada por sua vez era um imperativo da natureza fragmentada da barganha política, do alto grau de incertezas no momento dessas escolhas institucionais e da explosão de demandas geradas em virtude de um processo de democratização e, da extensa participação no processo constituinte” (MELO, 2013, p. 191).

<sup>16</sup> MELO, 2013, p. 193.

<sup>17</sup> ARANTES; COUTO, 2013, p. 11.

**(...) a Constituição de 1988 apresenta quatrocentos e noventa e seis dispositivos referentes a políticas públicas, o que representa 30,5% dos dispositivos legais.**

Esse arranjo político tende a demonstrar que a Constituição foi rica ao estabelecer políticas públicas constitucionais e direitos sociais. Notadamente, a Constituição de 1988 apresenta quatrocentos e noventa e seis dispositivos referentes a políticas públicas, o que representa 30,5% dos dispositivos legais. Tais números demonstram que em muitos casos os constituintes, originário e derivado, descreveram alguns direitos sociais em nível de detalhes, transformando-os em verdadeiras políticas públicas. Esse processo de “governar com a Constituição” retrata o problema estrutural da questão política brasileira, já que “Cartas Constitucionais que contêm um grande número de políticas públicas para além dos princípios fundamentais, que normalmente são sua razão de ser, encerram um permanente processo de emendamento constitucional”<sup>18</sup>.

Essas questões, ao que parecem, traduzem a dificuldade de se compatibilizar os vários interesses plurais da sociedade na Constituição. Essa variedade de políticas públicas obriga o Poder Executivo a governar através de alterações constitucionais, como aconteceu na reforma do Estado no governo FHC, e na reforma da previdência do governo Lula. Isso significa que, “é o presidente o maior interessado em modificar o status quo das políticas públicas e ele sabe que esse status quo está definido constitucionalmente. Para que ele possa operar políticas, precisa mudar a constituição”<sup>19</sup>.

A constituição vinculou políticas públicas e sociais na agenda governamental, na expectativa de atrelar o programa dirigente a possíveis sucessões governamentais. No caso, o processo governamental que deveria ser amplamente debatido tende a ser monopolizado através de um presidencialismo de coalizão, que depende de uma ampla maioria para realizar as reformas político-constitucionais.

A vinculação das políticas públicas revela o desenho institucional da Constituição de 1988, consignando que alguns direitos sociais expressos de forma universal foram detalhados com base em critérios objetivos, determinando que “as políticas públicas concretizam a escolha em relação a esse mesmo *facere*, dentro das exigências formulas pela Carta de 1988”<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> ARANTES; COUTO, 2013, p. 214.

<sup>19</sup> ARANTES; COUTO, 2013, p. 217.

<sup>20</sup> VALLE, 2009, p. 62.

Vanice Regina Lírio do Valle destaca que o encontro das políticas públicas com o direito visa orientar o agir do poder, criando um vetor de controle externo social, gerando uma dupla funcionalidade da juridicização das políticas públicas:

A juridicização do conceito de políticas públicas é enriquecimento do sistema jurídico, que reconhece que o agir da administração não se pode resumir na mera reação as provocações do dia; ao contrário, esse agir só poderá conciliar eficiência e valor, resultado e compromisso como os direitos fundamentais. se construído a partir de um planejamento que contemple ainda uma visão relacional das suas múltiplas manifestações que otimize o uso de elementos para o melhor atendimento do interesse público<sup>21</sup>.

Nesses termos, políticas públicas refletem a concretização do interesse público constitucional, sejam elas políticas ordinárias ou constitucionais. A referida diferenciação revela o grau de sindicabilidade e vinculação com os parâmetros já traçados na Carta Constitucional.

Entretanto, a falta de efetividade das políticas públicas sociais criou um abismo entre representante e representados, gerando uma desconfiança nos valores da própria democracia. A perda do valor do trabalho, e a inatividade no campo dos direitos sociais acabaram por alienar a sociedade explorada, gerando déficit de participação social e, conseqüentemente, a perda dos ideais democráticos de justiça e igualdade. Essa afirmação afasta-se do senso comum, quando nos deparamos dia a dia com os problemas institucionais, ou seja, não há que se perquirir sobre a falência das prestações públicas, basta ver que a desigualdade é latente<sup>22</sup>.

Tal fato acarretou a busca por novas formas de integração e participação na democracia, nas quais o povo através do Poder Judiciário criou um ambiente democrático para o debate público, gerando uma verdadeira emancipação no campo social.

Diante dessa nova estrutura constitucional democrática, o Judiciário passou a exercer um papel muito mais ativo no campo político

<sup>21</sup> VALLE, 2009, p. 85.

<sup>22</sup> Segundo José Murilo de Carvalho (2002, p. 207): “O problema do déficit ainda persiste, e, diante das pressões no sentido de reduzir o custo do Estado, pode se esperar propostas mais radicais (...). Mas as maiores dificuldades na área social têm a ver com a persistência das desigualdades sociais que caracterizam o país desde a independência, para não mencionar o período colonial”.

social, com a expansão de seus poderes acarretada pelo fenômeno da judicialização da política<sup>23</sup>. Passou-se a interpretar de forma mais ampla os direitos fundamentais e sociais, sob o fundamento de justiça material, logo:

Os direitos fundamentais são condições da democracia, razão pela qual a prestação é obrigatória, não podendo ficar aberta à decisão das maiorias. A não prestação de um serviço público necessário à concretização de um direito fundamental é antidemocrática, ainda que apoiada pelos representantes eleitos pelo povo<sup>24</sup>.

Para Javier A. Couso, ocorreu uma mudança do papel da lei e dos tribunais na América Latina, deixando de ser um obstáculo à mudança social para uma verdadeira ferramenta de equidade, sendo uma das características mais marcante nas novas democracias latino-americanas. Segundo o autor, a descoberta da corte como forma de realização social teve grande impacto na transformação e inclusão política do cidadão<sup>25</sup>. Nesse mesmo sentido destacou Oscar Vilhena Vieira:

O uso da lei, a fim de promover a mudança social, não só através dos tribunais, mas também através de espaços políticos abertos pelas Supremas Cortes sob pressão dos movimentos sociais e organizações da sociedade civil. Em outras palavras, a separação de direito / política fornece espaço legítimo em que essas cortes sejam capazes de fazer cumprir as disposições constitucionais transformadoras<sup>26</sup>.

Roberto Gargarella destaca que tais mudanças significam uma reincorporação do povo sobre a organização do poder, sobre aquilo que

**23** Para Neal Tate e Torbjörn Vallinder: *The phenomenon we have just described represents the most dramatic instance of the global expansion of judicial power, which, for brevity, we shall frequently refer to as "judicialization of politics"* (TATE; VALLINDER, 1995, p. 5). Segundo New Tate: *"The presence of democracy, a separation of powers system, a politics of rights, a system of interest groups and a political opposition cognizant of judicial means for attaining their interests, weak parties or fragile government coalitions in majoritarian institutions leading to policy deadlock, inadequate public support, at least relative to judiciaries, and the delegation to courts of decision-making authority in certain policy areas all contribute to the judicialization of politics"* (TATE; VALLINDER, 1995, p. 33). Tradução livre: "A presença da democracia, o sistema de separação de poderes, uma política de direitos, um sistema de grupos de interesse e de uma oposição política consciente dos meios judiciais para atingir seus interesses, partidos fracos ou coligações governamentais frágeis que acarretam um impasse político nas instituições majoritárias, apoio a políticas públicas inadequadas, pelo menos em relação ao Poder Judiciário, e a delegação do poder da tomada de decisão em determinados domínios políticos aos tribunais contribuem para a judicialização da política".

**24** SOUZA NETO; MENDONÇA, 2006, p. 730.

**25** COUSO, 2006, p. 71.

**26** VIEIRA, 2014, p. 617.



ele denominou de “sala de maquinas” da Constituição. Na análise das diferentes funções do Poder Judiciário no processo de decisão política na América Latina, Mariana Magaldi de Souza destaca o papel das cortes como um representante alternativo da sociedade, enfatizando que:

When courts see themselves as the advocates of minorities or the ‘weak’ and try to expose and rectify social injustices, they are engaging in their fourth possible role in the policymaking process: an alternative societal representative. Even though the effects of courts’ decisions affect only the involved parties, they are actually helping to change the policy status quo<sup>27</sup>.

Para Luis Roberto Barroso, esse novo modelo de constitucionalismo teve como marco teórico o reconhecimento e a expansão da força normativa da Constituição, bem como o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional<sup>28</sup>. Para o constitucionalista, com base na teoria de Konrad Hesse, a constituição deixa de ser um instrumento estritamente político, para o reconhecimento de sua força normativa, revelando uma face vinculativa e obrigatória diante do ordenamento jurídico<sup>29</sup>.

Diante desse novo modelo constitucional, os direitos fundamentais passam a limitar o processo político majoritário, alterando o modelo de supremacia parlamentar para um modelo de ampliação da jurisdição constitucional, inspirado na doutrina norte americana do *judicial review*. Nesse modelo, as proteções de algumas normas constitucionais não poderiam ficar estritamente subjugadas ao palco político majoritário, encontrando amparo junto a um Tribunal Constitucional. Consequentemente, a Constituição passa a ser o novo paradigma hermenêutico, com novos princípios de natureza instrumental, entre eles a supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição, razoabilidade, proporcionalidade e efetividade das normas constitucionais<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> SOUZA, 2010, p. 89. Tradução livre: Quando os tribunais se veem como os defensores de minorias ou dos “fracos” e tentam expor e corrigir injustiças sociais, eles estão se engajando em seu quarto papel possível no processo de formulação de políticas: como um representante da sociedade alternativa. Mesmo que os efeitos das decisões dos tribunais afetam apenas as partes envolvidas, eles estão realmente ajudando a mudar o *status quo* da política.

<sup>28</sup> BARROSO, 2006, p. 138.

<sup>29</sup> HESSE, 1991.

<sup>30</sup> BARROSO, 2006, p. 140-142.

Nesse passo, o ordenamento jurídico passa a ser influenciado diretamente pelas normas constitucionais, impregnando os outros ramos do direito, adotando também uma “valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, e abertura da argumentação jurídica à moral”<sup>31</sup>. Essa constitucionalização do direito é fruto de uma real e necessária adequação do ordenamento jurídico às premissas constitucionais.

A judicialização no Brasil advém do desenho institucional da Constituição que ampliou a atuação judicial quanto a questões morais, sociais e políticas. Esse fenômeno decorre da soma de três fatores interligados. O primeiro é a institucionalização de um Judiciário forte e independente, o segundo está intrinsecamente ligado à crise política majoritária, ante a falta de confiança nas instituições e em seus representantes e, por fim, a transferência decisória de questões moralmente polêmicas para o bojo do Judiciário, evitando assim o custo político da tomada de decisões. Tais fatores amalgamados propiciam uma arena nova para prática constitucional, implicando a redefinição do papel político e jurídico do Supremo Tribunal Federal<sup>32</sup>.

Assim, essa interdependência reflexiva entre déficit democrático e inatividade das prestações sociais vem deslocando os conflitos sociais para o âmbito do Poder Judiciário, gerando uma democracia amplamente judicializada, na qual as cortes vêm exercendo um papel transformador no que tange à realização de direitos sociais e políticas públicas através do controle judicial de políticas públicas.

<sup>31</sup> SARMENTO, 2010, p. 252.

<sup>32</sup> BARROSO, 2012. No mesmo sentido, Tom Ginsburg destaca que: “*Judicial review reflects the incentives of constitutional designers to adopt form of political insurance. By ensuring that losers in the legislative arena will be able to bring claims to court, judicial review lowers the cost of constitution making and allows drafters to conclude constitutional bargains that would otherwise be unobtainable. As democratization increases electoral uncertainty, demand for insurance rises. Although other institutions can also serve to protect minorities, judicial review has become particularly focal. This theory goes a long way toward explaining the rapid spread of judicial review in recently adopted constitutions*” (GINSBURG, 2003, p.33). Tradução livre: “A revisão judicial reflete os incentivos dos constituintes que adotaram um desenho político seguro. Ao assegurar que os perdedores na arena legislativa fossem capazes de trazer reivindicações ao tribunal, a revisão judicial reduziu o custo de elaboração da constituição e permitiu que os autores realizassem barganhas constitucionais que seriam impossíveis de obter de outra forma. Como a democratização aumenta a incerteza eleitoral, surge a demanda por maior segurança. Embora outras instituições também possam servir para proteger as minorias, a revisão judicial tornou-se particularmente focal. Esta teoria caminha para explicar a rápida disseminação da revisão judicial adotada nas recentes constituições”.

## 2. O ATIVISMO JUDICIAL E O DISSENSO: O PROBLEMA DA ÚLTIMA PALAVRA

O ativismo judicial<sup>33</sup> não possui uma univocidade de sentidos, contudo suas raízes estão diretamente relacionadas com o desenho institucional da Constituição. Lawrence Baum<sup>34</sup>, em análise da Suprema Corte americana, destacou que o ativismo da Corte não estava correlacionado somente com o *judicial review*, mas através do conflito político com os outros poderes.

O desenho institucional norte-americano talvez seja o mais propício para analisar em comparação ao brasileiro, uma vez que as incorporações de vários institutos do direito estadunidense ganharam forma na atuação do judiciário pátrio. Não há como negar, por outro lado, que a criação dos tribunais constitucionais após a Segunda Guerra são um marco expressivo na discussão do ativismo judicial e que, muitas vezes, a corte apresenta-se como uma verdadeira salvaguarda dos direitos. Entretanto, aqui o tema será limitado aos fins do presente trabalho, apresentando uma visão sintetizada das questões envolvendo o ativismo judicial.

Ainda hoje, a referência matricial do ativismo judicial tem seu locus na Corte de Earl Warren (1953-1969), onde a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou questões afetas a direitos civis, liberdade de religião e separação da Igreja, proibição de leitura religiosa nas escolas, integração racial, movimento feministas, intimidade, liberdade de imprensa e tantos outros direitos controversos da sociedade americana. Nesse sentido, a Corte abriu-se para questões sociais e individuais do povo, acarretando numa expansão não só dos poderes da Suprema Corte, mas de sua própria imagem. O que torna a Corte de Warren um marco no desenho institucional norte-americano é que Earl Warren possuía fortes convicções políticas quanto aos problemas da sociedade, levando-os para dentro

**33** Segundo Luis Roberto Barroso, existe uma tênue diferenciação entre ativismo e judicialização, segundo o autor a judicialização é oriunda do desenho institucional brasileiro, “já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo seu alcance.” (BARROSO, 2012)

**34** Segundo o Autor: A revisão judicial permanece como mecanismo pelo qual a corte assume mais diretamente uma posição ativista. O padrão do uso da revisão judicial pela corte para anular políticas governamentais, provavelmente, é o melhor indicador do ativismo da corte e dos limites sobre seu ativismo. Mas uma avaliação geral da significação da corte como elaboradora de políticas precisa levar em conta todos os aspectos do seu trabalho (BAUM, 1987, p. 260).

da Corte, obrigando a sociedade à época discutir tais matérias, mesmo que através dos juízes<sup>35</sup>.

Esse posicionamento mais “ativista” da Corte reavivou a discussão sobre o papel do Judiciário, bem como sua função política na formação de um Estado mais justo. Notadamente, os Estados Unidos diferenciam-se pelo seu pequeno catálogo de direitos de cunho liberal, contudo tal fato não impediu a Corte de julgar *Brown v. Board of Education of Topeka*, eliminando a segregação racial nas escolas públicas com base na cláusula do *due process*, no qual o *Chief-justice* Warren destacou que:

Quando o Estado se encarrega de prover tal oportunidade, a mesma constitui direito que deve ser acessível a todos, em igualdade de condições. (...) Apesar de poderem ser iguais os fatores tangíveis, a segregação das crianças nas escolas públicas apenas por motivo racial priva as dos grupos minoritários de iguais oportunidades educacionais<sup>36</sup>.

Tais fatos demonstram que uma corte engajada em resolver os déficits políticos da sociedade estaria de alguma forma se sobrepondo aos demais poderes políticos, resolvendo não só questões jurídicas, mas também questões intimamente políticas. A insurgência de juízes em desfavor dos representantes eleitos passa a gerar um desconforto, já que existe um problema de fundo que não é a pura e simples tese da legitimidade para revogar leis, mas de quem manda no jogo do poder. Nesse aspecto, passou-se a discutir quem teria a última palavra em termos de matéria constitucional, uma corte formada por uma “juristocracia”, ou os representantes eleitos pelo “batismo popular”. Essa discussão foi travada por Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

Dworkin propõe uma leitura moral da Constituição, em que todos participem na interpretação e aplicação dos dispositivos abstratos que fazem referência de decência e justiça, e que o interprete final é a Suprema Corte:

A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa; por isso, todo sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade supre-

<sup>35</sup> RODRIGUES, 1991.

<sup>36</sup> RODRIGUES, 1991, p. 170.

ma para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte<sup>37</sup>.

Segundo o autor, a Suprema Corte norte-americana teve uma notável influência na formação da sociedade estadunidense, destacando que os debates sobre temas controvertidos são melhores difundidos na sociedade quando são tratados pela Corte. Assim, uma leitura moral da Constituição não pode ser classificada como antidemocrática, mas ao contrário, ela é indispensável para a própria democracia.

Dworkin fundamenta sua leitura moral em princípios gerais que devam seguir um ideal político, em que “o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas ao seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político”<sup>38</sup>. A leitura moral não atinge todo conteúdo da Constituição, mas aqueles princípios substantivos que apresentem o ideal de igualdade da Constituição. Consequentemente, o autor vai se opor à regra do governo majoritário, destacando que a democracia não se resume a regra da maioria:

A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse mesmo motivo devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantem e respeitem as condições democráticas<sup>39</sup>.

Uma leitura moral da constituição, nesse caso, resume-se na definição de qual é a instituição que melhor garante as condições democráticas de igual consideração e respeito, sendo que o legislativo não é o veículo mais apropriado para a proteção dos direitos de grupos pouco populares, ante a sua vulnerabilidade a pressões políticas e financeiras.

Como asseverou Conrado Hübner Mendes, Dworkin não se importa com a possibilidade de que a corte erre, mas nega que o erro do Judiciário seja maior só porque juízes não são representantes eleitos,

<sup>37</sup> DWORKIN, 2006, p. 2.

<sup>38</sup> DWORKIN, 2006, p. 26.

<sup>39</sup> DWORKIN, 2006, p. 27.

**Notadamente, a concepção moral de constituição de Dworkin se encaixa com sua teoria do direito como integridade e na atuação hercúlea dos juízes na interpretação do direito.**

“a corte alça a discussão para o plano dos princípios. Importam antes, o compromisso e a atitude, não a resposta. O fórum do princípio para que se proteja da batalha da política cotidiana, compromete-se com a disciplina do argumento”<sup>40</sup>.

Dworkin desfecha sua tese destacando que:

Se a interpretação mais direta da prática constitucional norte-americana mostra que nossos juízes são dotados da autoridade interpretativa final e que eles, em sua maioria, compreendem a Declaração de Direitos como uma constituição de princípio - se essa é a melhor explicação das decisões que os juízes efetivamente tomam é que o público em sua maioria aceita -, não temos motivo algum para resistir a essa leitura e nos esforçar para encontrar outra que pareça mais compatível com a filosofia majoritária<sup>41</sup>.

Notadamente, a concepção moral de constituição de Dworkin se encaixa com sua teoria do direito como integridade<sup>42</sup> e na atuação hercúlea dos juízes na interpretação do direito, com base em princípios morais para justificar uma resposta certa. Contudo, o autor se justifica destacando que “se uma teoria constitucional reflete determinada postura moral, isso não é motivo nem de surpresa, nem ridículo, nem de suspeita. Seria uma surpresa – e seria ridículo – se não refletisse”<sup>43</sup>.

Em posição diametralmente oposta, Jeremy Waldron argumenta que o controle judicial forte da legislação é inapropriado como modelo de decisões finais em uma democracia. O autor parte do “princípio de que discordâncias quanto a direitos não são principalmente questões de interpretação, mas levantam questões de importância prática para a comunidade política”<sup>44</sup>. O fato de as pessoas discordarem sobre os seus direitos não significa que elas não levam os direitos a sério, ao contrário, na maioria das vezes as pessoas discordam de boa-fé, nesse caso, nem mesmo uma declaração de direitos poderia solucionar a questão<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> MENDES, 2008, p. 79.

<sup>41</sup> DWORKIN, 2006, p. 54.

<sup>42</sup> Ronald Dworkin destaca que a integridade na deliberação judicial “requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, como esse fim, interpretassem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Para nós a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal” (DWORKIN, 2007, p. 261).

<sup>43</sup> DWORKIN, 2002, p. 180.

<sup>44</sup> WALDRON, 2010, p. 113.

<sup>45</sup> WALDRON, 2010, p. 115.

Waldron destaca que a resolução dos desacordos de forma imparcial pesa contra o *judicial review* e que nas democracias os órgãos legislativos possuem melhores condições de oferecer respostas imparciais com base na decisão majoritária. Não há comprovação de que a corte quando revoga uma legislação está falando em nome do povo, a teoria do pré-compromisso é uma mística infundada, já que “quando os cidadãos discordam sobre isso, não fica clara a razão pela qual conceder aos juízes o poder de decidir deveria ser entendido como manutenção de um pré-compromisso”<sup>46</sup>. Para Waldron, os legisladores eleitos possuem credenciais democráticas melhores para resolver possíveis controvérsias em uma comunidade política, já que uma questão de suma importância para a democracia é a reivindicação de ser parte na sua própria estrutura política<sup>47</sup>, ou seja, através dos procedimentos legislativos:

A discordância sobre direitos não é irracional e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levá-los a sério. Nessas circunstâncias, eles precisam para resolver suas discordâncias, adotar procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – milhões delas – cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e tratá-las com iguais nesse processo. Ao mesmo tempo, eles devem assegurar que esses procedimentos enfrentem, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas que as discordâncias sobre direitos levantam. Os procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso, tenho argumentado, e uma camada adicional de revisão final pelos tribunais acrescenta pouco ao processo, a não ser uma forma bastante insultuosa de cerceamento e uma ofuscação legalista das questões morais do jogo democrático<sup>48</sup>.

Waldron se opõe a Dworkin quanto à questão majoritária, destacando que “se o recurso à legitimidade da deliberação majoritária para se resolver questões concernentes às condições da democracia é questionável, o recurso da legitimidade do *judicial review* (ou qualquer outro procedimento político) para a resolução de tais questões também o é”<sup>49</sup>. Para Waldron não existe uma variação qualitativa entre a decisão majoritária do parlamento e a da corte, gerando certo casuísmo na escolha por parte dos defensores do *judicial review*.

46 WALDRON, 2010, p. 143.

47 WALDRON, 2009, p. 262.

48 WALDRON, 2010, p. 157.

49 WALDRON, 2009, p. 268.

Por outro lado, não existe razão em depreciar a deliberação majoritária com base na alegação de que eles legislam em causa própria, muito menos que o *judicial review* acarretaria melhorias políticas no debate participativo da sociedade. Assim, “sempre há uma perda para democracia quando o ponto de vista a respeito das condições democráticas é imposto por uma instituição não democrática, mesmo que este ponto de vista esteja correto e apresente melhorias á democracia”.<sup>50</sup>

Apesar da simplificação do debate entre os autores, pode-se extrair uma breve noção quanto às razões empregadas entre defensores da supremacia judicial ou parlamentar. Conrado Hübner Mendes destaca, pormenorizadamente, os pontos mais empregados entre os adeptos das duas correntes. Os argumentos mais comuns a favor da corte seriam<sup>51</sup>: “a corte protege as precondições da democracia assegurando o processo de formação democrática e a proteção dos direitos fundamentais”; “a corte protege os direitos das minorias e impede a tirania da maioria”; “a corte é emissária do povo genuíno e operacionaliza o pré-comprometimento”; “a decisão da corte pode ser rejeitada, ao final, por emenda constitucional ou por uma nova constituição, poder que continua com o povo”; “a supremacia judicial é exigência do Estado de Direito”; “a corte é um agente externo que julga com imparcialidade”; “a corte é um veto inerente e dinâmico da separação de poderes”; “a corte analisa o caso concreto submetendo-o a uma racionalidade incremental e o inserindo na jurisprudência”; “a corte é menos falível em questões de princípio e está mais próxima da resposta certa”; “a corte promove uma representação deliberativa e argumentativa”; “a corte é uma instituição educativa e promove o debate público”; “a corte integra o sistema democrático, não está à margem dele”.

Por outro lado, a favor do parlamento, as teses mais comuns são<sup>52</sup>: “o parlamento representativo é o mais próximo que se pode chegar de ideal de democracia nos Estados modernos”; o processo de composição do parlamento representativo estrutura a competição política; “o parlamento representativo é um aperfeiçoamento da democracia direta”; “a atividade decisória do parlamento estimula

<sup>50</sup> WALDRON, 2009, p. 268.

<sup>51</sup> MENDES, 2011a.

<sup>52</sup> MENDES, 2011a.



o compromisso, a acomodação de extremos, não a polarização”; “a objeção contra a supremacia do parlamento representativo ecoa preconceitos da tradição antidemocrática”; “a regra da maioria é o único princípio de decisão coletiva que respeita o imperativo moral da igualdade”; “a regra da maioria limita o poder”; “decisões sobre questões de justiça não devem ser sensíveis à intensidade de preferências”.

Seguindo essa análise descritiva, José Ribas Vieira, com base no artigo “*conservatives and the seven sins of judicial activism*” de William Marshall, destaca sete tipos de ativismo judicial:

- 1) Ativismo contramajoritário: marcado pela relutância em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos; 2) ativismo não-originalista: caracterizado pelo não reconhecimento de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estreitas do texto legal e as considerações sobre intenção do legislador completamente abandonadas; 3) ativismo de precedentes: o qual consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos. 4) Ativismo formal (ou jurisdicional): marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação; 5) ativismo material (ou criativo): resultante de novos direitos e teorias da doutrina constitucional; 6) ativismo remediador: marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas de outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicial imposto; 7) Ativismo partisan: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir os objetivos específicos de um determinado partido ou seguimento social<sup>53</sup>;

José Ribas Vieira destacou, ainda, que o STF passou gradativamente a ocupar o espaço desenhado pela Constituição de 1988 e que o alargamento institucional da Corte independe da judicialização da política. “Tal processo significa uma centralização de poder em detrimento das demais instâncias do Poder Judiciário. Resulta essa dinâmica institucional, por exemplo, que, no universo do STF, presencia-se esse ‘ativismo jurisdicional’ conflitando com a judicialização da política na primeira instância”<sup>54</sup>.

Considerando as questões até aqui expostas, tais teses parecem irreconciliáveis no plano metodológico, ou seja, ou se aceita a supremacia judicial ou a do parlamento. Contudo, permaneceria certa

<sup>53</sup> VIEIRA, 2009, p. 49-50.

<sup>54</sup> VIEIRA, 2009, p. 51.

**A problemática da judicialização pode ser revista através de uma perspectiva deliberativa que leve a sério os desacordos morais da sociedade (...)**

incongruência se fosse defendida a supremacia de uma instituição em detrimento da outra, já que isso implicaria na afirmação que uma delas detém o monopólio da interpretação constitucional.

Entretanto, entende-se que um processo deliberativo que considere os desacordos políticos e o controle de constitucionalidade, na tentativa de reconciliar deliberação política com revisão judicial, não pode limitar-se a uma sobreposição monológica dos poderes. A problemática da judicialização pode ser revista através de uma perspectiva deliberativa que leve a sério os desacordos morais da sociedade, mediante um debate permanente, em que a questão da “última palavra” se torne um dado contingente.

### **3. O MODELO DELIBERATIVO ADVERSATIVO E A TESE DA ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA**

Carlos Santiago Niño destaca que o Judiciário dentro de uma teoria epistêmica da democracia deliberativa deve se manifestar sob três condições<sup>55</sup>: 1) no controle do procedimento democrático, cuja missão central de árbitro do processo democrático, garante que as condições da discussão e das decisões sejam satisfeitas e que a intervenção judicial seja direcionada a ampliar o processo democrático, requerendo maior participação, liberdade e igualdade; 2) os juízes poderiam invalidar uma legislação se o seu objetivo fosse impor um ideal de excelência pessoal, que mitigasse de alguma forma o reconhecimento da autonomia e; 3) o Judiciário poderia intervir de forma justificada para invalidar uma lei formulada democraticamente, a fim de proteger a Constituição e a eficácia de suas normas. Para Niño, em uma teoria epistêmica da democracia, o controle judicial de constitucionalidade se encontra legitimado como um meio de assegurar que se encontrem presentes as condições de tornar possível a valorização do valor epistêmico da participação coletiva<sup>56</sup>.

Assim, verifica-se que a fórmula de Carlos Santiago Niño abarca não só a figura substantiva do juiz como ator político, mas também do Judiciário como arena deliberativa que amplia a atuação e a participação política, fundindo as teses procedimentalistas e substancialistas. Assim, parte-se da premissa de que uma análise política

<sup>55</sup> NIÑO, 2003.

<sup>56</sup> NIÑO, 2003, p. 299.

institucional, cujo objeto é a interação entre atores políticos, tende a ser melhor analisada em uma dimensão deliberativa e menos decisionista, na qual a formulação das políticas públicas deva levar em conta todos os atores envolvidos.

Nesse caso, não se cogita o problema da “última palavra” sobre matéria constitucional, mas de “última palavra provisória”, ou seja, não há última instância definitiva, já que a decisão é uma questão de provisoriedade. Conrado Hübner Mendes destaca que o desempenho deliberativo pode ser considerado um princípio regulador do desacordo entre a Suprema Corte e o Parlamento<sup>57</sup>.

A deliberação se compõe de forma adversativa, a não significar que o embate entre instituições seja negativo, ao contrário, parlamentos e tribunais possuem legitimidade para serem ativistas desde que promovam o diálogo. A legitimidade para definir um tema controvertido não significa que um poder detenha monopólio sobre o outro. Nesse sentido, filia-se ao entendimento de Conrado Hübner Mendes:

Não obstante o fato de que o lugar da última palavra provisória precisa ser institucionalmente localizado, a partir de outro ponto de vista, este é um mero detalhe. Para saber quem deve prevalecer é uma questão contingente, privados de uma resposta de princípio, geral e abstracta. O valor de um processo contínuo de formação da vontade política não deve ser ofuscado por essa discussão. O tribunal, se ele tem esse poder, não é uma garantia de decisões corretas, e não pode ser percebido como tal. É um mecanismo que tenta evitar o arrefecimento e a marginalização da linguagem dos direitos, a indiferença para com e omissão de certas razões consideradas como fundamental na legitimação da política. Destina-se a nutrir uma cultura pública de maior densidade deliberativa. Será legítimo, desde que ele cumpra o seu papel. Há riscos, claro. Para permanecer com os principais: do lado judicial, a legalismo hermético, o imperialismo retórico, o contexto socioeconómico conservador de juízes, a arrogância do guardião entrincheirados e monopolista, por outro lado, a passividade legislativo, deferência e complacência. Sugiro que uma alternativa para reduzir esses riscos é desenvolver uma forte demanda para o diálogo que, uma vez impregnado na prática decisória de todos os ramos, acrescenta um ganho exponencial a este

57 MENDES, 2011a, p. 171.

projeto. Em tal modelo ideal, não há nem um guardião entrincheirado nem um legislador deferente e tímido, mas dois ramos envolvidos em o exercício da persuasão. Eles divergem, mas com respeito mútuo, sem uma presunção de habilidades superiores<sup>58</sup> [tradução livre].

Um modelo deliberativo institucional que vincule vários atores apresenta um viés muito mais democrático do que o ofertado por um modelo conflitivo, em que ambos os poderes não abrem mão de impor uma determinada decisão. A ausência de uma palavra final significa que os interesses das minorias poderão alçar *status* de maioria, já que uma “última palavra provisória” garante a continuidade do debate, promovendo realmente uma discussão pública sobre o tema, possuindo mais chances de se tornar estável do ponto de vista institucional, ou seja, a resolução da controvérsia através de um processo deliberativo acarreta a estabilização do jogo político, favorecendo uma verdadeira interação institucional.

Não obstante, esse processo deliberativo deve ser um veículo para reconectar os interesses da sociedade com as instituições que as representam, caso contrário o processo deliberativo não passaria de uma metáfora simbólica sem nenhum efeito para os interesses da sociedade. Neste sentido é a lição de Jean Leclair:

La force symbolique des mots ne doit pas être négligée. Affirmer l’existence d’un dialogue institutionnel entre les assemblées législatives et les tribunaux est un outil rhétorique fort puissant. Employé à mauvais escient, la métaphore du dialogue pourrait servir de justification à une réinterprétation des rapports entre les pouvoirs judiciaire et législatif qui ne servirait pas nécessairement les intérêts des citoyens. Le bien-être de ces derniers, faut-il le rappeler, est la raison d’être des institutions

<sup>58</sup> MENDES, 2011b, p. 24-25. No original: “Notwithstanding the fact that the place of provisional last word needs to be institutionally located, from another perspective, this is a mere detail. To know who should prevail is a contingent question, deprived of a principled, general and abstract answer. The value of a continuous process of political will-formation should not be obfuscated by that discussion. The court, if it has this power, is not an assurance of right decisions, and cannot be perceived as such. It is a mechanism that tries to avoid the cooling down and the marginalization of the language of rights, the indifference to and omission of certain reasons regarded as fundamental in the legitimation of politics. It seeks to nourish a public culture of greater deliberative density. It will be legitimate as long as it fulfills its role. There are risks, of course. To remain with the main ones: on the judicial side, the hermetic legalism, the rhetorical imperialism, the conservative socio-economic background of judges, the arrogance of the entrenched and monopolist guardian; on the other side, the legislative passivity, deference and complacency. I submit that an alternative to reduce such risks is to develop a stronger demand for dialogue that, once impregnated in the decisional practice of all branches, adds an exponential gain to this design. In such an ideal model, there is neither an entrenched guardian nor a deferent and timid legislator, but two branches engaged in the exercise of persuasion. They diverge, but with mutual respect, without a presumption of superior skills.”

étatiques. Il est également au cœur de la doctrine de la séparation des pouvoirs. Employée à bon escient, une approche dialogique axée sur le souci d'être à l'écoute des citoyens pourrait, à l'inverse, enrichir le débat démocratique de manière tangible. Bref, toute référence au dialogue n'a de pertinence que si elle favorise la participation du citoyen au processus de gouvernance. Si son invocation ne sert qu'à légitimer le pouvoir des organes étatiques sans égard aux intérêts des citoyens, c'est une notion qui n'a pas sa raison d'être<sup>59</sup>.

A respeito, John Ferejohn e Pasquale Pasqualino enfatizam que as cortes exercem um papel importante na democracia, já que “os juízes, ao exercerem o papel deliberativo, podem aperfeiçoar os poderes dos representantes eleitos ao prover um sistema mais flexível e inteligente para implementação e o aprimoramento da legislação e das determinações públicas”<sup>60</sup>.

## CONCLUSÃO

Diante da análise empreendida, ficou demonstrado que a judicialização aponta para uma crise virtual dos poderes, que essa possível crise é mitigada pela ampliação da participação democrática e que as medidas para a expansão do diálogo institucional não devem limitar a atuação do STF, mas ampliar a grau de participação no processo democrático. Na verdade, o Judiciário atua como um árbitro da arena democrática, na qual o processo deliberativo tende a ser o liame entre os atores políticos.

O modelo deliberativo adversativo torna contingencial a questão da “última palavra”, elevando o desempenho deliberativo institucional na formação do consenso, implicando a continuidade do debate e a melhor implementação de políticas públicas. Essa interação

<sup>59</sup> LECLAIR, 2003, p. 419. Tradução livre: “A força simbólica das palavras não deve ser menosprezada. Afirmar a existência de um diálogo institucional entre o legislativo e os tribunais é uma ferramenta retórica muito poderosa. Utilizados indevidamente, a metáfora do diálogo pode servir de justificação para uma reinterpretação da relação entre os poderes judiciais e legislativos que não necessariamente servir os interesses dos cidadãos. O bem-estar destes, deve ser lembrado, é a razão para as instituições do Estado. Ele também é o coração da doutrina da separação de poderes. Usado com sabedoria, uma abordagem dialógica focada na participação dos cidadãos poderia, por outro lado, enriquecer o debate democrático de maneira tangível. Em suma, qualquer referência ao diálogo só é relevante se promover a participação dos cidadãos no processo de governança. Se sua invocação serve apenas para legitimar o poder dos órgãos do Estado sem levar em conta os interesses dos cidadãos, é um conceito que não tem razão de ser” (LECLAIR, 2003, p.419).

<sup>60</sup> FERREJOHN; PASQUALINO, 2011, p. 45.

**(...) o judiciário é um ator político relevante na salvaguarda de direitos, mas a supremacia da constituição não equivale à supremacia judicial, muito menos a uma supremacia parlamentar.**

deliberativa refreia o problema da supremacia parlamentar e judicial, já que as decisões não são tomadas através de um processo monológico impositivo, muito menos através de uma deferência institucional, mas mediante intenso debate, em que todos os argumentos devem ser igualmente respeitados.

A democracia deliberativa nos obriga, como membros do público, a abordar questões importantes sobre direito e política de modo abrangente, de forma que esses interesses se tornem especiais do ponto de vista da sociedade. Em uma perspectiva deliberativa, reconhecer os outros como membros políticos significa que ambos os pontos de vistas sobre lei e política são importantes, obrigando os indivíduos a tomar uma decisão política que abranja todos os interesses comuns<sup>61</sup>.

Por outro lado, é necessário que o modelo deliberativo considere as desigualdades, como bem salientou Cláudio de Souza Pereira Neto, já que:

As pessoas só cooperam em um contexto democrático, deliberando acerca do bem comum, quando são tratadas, tanto pelo Estado, quanto por seus pares, como dignas de igual respeito, e, sem a vigência de determinadas condições sociais, não há garantias de que tal cooperação de fato venha ocorrer<sup>62</sup>.

Desse modo, confia-se que o método deliberativo apresenta melhores condições para solucionar os interesses conflitantes sem recair nos modelos definitivos da supremacia parlamentar ou judicial, destacando que o judiciário é um ator político relevante na salvaguarda de direitos, mas a supremacia da constituição não equivale à supremacia judicial, muito menos a uma supremacia parlamentar.

Como destacou Roberto Gargarella, “a revisão judicial pode ser um instrumento crucial para enriquecer a deliberação pública a respeito dos direitos sociais. Bem como o ativismo jurídico na área dos direitos sociais pode ser relevante, dado a íntima relação que existe entre direitos sociais e participação política”<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> O’FLYNN, 2010.

<sup>62</sup> SOUZA NETO, 2006, p. 253.

<sup>63</sup> GARGARELLA, 2006, p. 32.

## REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério B; COUTO, Claudio G. Constituição, governo e governabilidade. In: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). *Constituição e política na democracia: entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan.-jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 14 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 60, p. 137-179, 2006.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte americana. uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Tradução Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações do caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BREUS, Thiago Breus. *Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Ed. Unesp, 2013. p. 181-200.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 97-130.

COUSO, Javier. The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity. In: DOMINGO, Pilar; GARGARELLA, Roberto; ROUX, Theunis (Eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: An*



*Institutional Voice for the Poor?* Aldershot: Ashgate, 2006. p. 61-82.

DYE, Thomas R. *Understanding Public Policy*. 14<sup>th</sup> ed. United States: Parson Education Inc., 2013.

DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FEREJOHN, John; PASQUALINO, Pasquale. Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas. In: BIGONHA, Antônio; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Tradução Adauto Villela *et al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41-63.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles Latinoamericanos*, México, n. 28, p. 9-32, jul.-dec. 2006.

\_\_\_\_\_. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University press, 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)* Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KINGDON, John W. Como chega a hora de uma ideia? In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas Públicas - Coletânea*, Tradução [?], Brasília: ENAP, v. 1, 2006. p. 219-224.

LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau*, Montreal, t. 63, numéro spécial, p. 377-420. 2003.

MELO, Marcus André. Mudança constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento na constituinte à “megapolítica”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 97, p. 187-206, nov. 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011a.

\_\_\_\_\_. Neither Dialogue nor Last Word: Deliberative Separation of Powers III. *Legisprudence*, Oxford, v. 5, p. 1-40, jun. 2011b.

NIÑO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

O'FLYNN, Ian. Deliberating About the Public Interest. *Res Publica*, v. 16, n. 3, p. 299-315, 2010.



RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, a. 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SOUZA, Mariana Magaldi de. How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary. In: SCARTASCINI, Carlos; STEIN, Ernesto; TOMMASI, Mariano (Eds.). *How Democracy Works: Political Institutions, Actors, and Arenas in Latin American Policymaking*. Cambridge (MA): Inter-American Development Bank; David Rockefeller Center for Latin America Studies (Harvard University), 2010. p. 77-117.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 709-741.

TATE, Neal; VALLINDER, Torborn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

VIEIRA, José Ribas. *O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

\_\_\_\_\_. Verso reverso: a judicialização de política e o ativismo judicial no Brasil. *Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, p. 45-58, 2009.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Legitimidade e jurisdição constitucional*. Tradução Adauto Vilela; Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

\_\_\_\_\_. O judicial review e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz (Orgs.). In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz. (Orgs.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Tradução Adauto Vilela et al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 243-270.

# THE PREDICTION OF FUTURE BEHAVIOR: THE EMPTY PROMISES OF EXPERT CLINICAL AND ACTUARIAL TESTIMONY<sup>1</sup>

Andrés Páez

Professor Associado do  
Departamento de Filosofia  
da Universidad de los  
Andes, Bogotá, Colômbia;  
Presidente da Associação  
Latino-americana de  
Filosofia Analítica (ALFAN).  
apaez@uniandes.edu.co

A predição do comportamento  
futuro: as promessas vazias das  
perícias atuarial e clínica

## ABSTRACT

Testimony about the future dangerousness of a person has become a central staple of many judicial processes. In settings such as bail, sentencing, and parole decisions, in rulings about the civil confinement of the mentally ill, and in custody decisions in a context of domestic violence, the assessment of a person's propensity towards physical or sexual violence is regarded as a deciding factor. These assessments can be based on two forms of expert testimony: actuarial or clinical. The purpose of this paper is to examine the scientific and epistemological basis of both methods of prediction or risk assessment. My analysis will reveal that this kind of expert testimony is scientifically baseless. The problems I will discuss will generate a dilemma for factfinders: on the one hand, given the weak predictive abilities of the branches of science involved, they should not admit expert clinical or actuarial testimony as evidence; on the other hand, there is a very strong tradition and a vast jurisprudence that supports the continued use of this kind of expert testimony. It is a clear case of the not so uncommon conflict between science and legal tradition.

**Keywords:** Behavior Prediction, Clinical Testimony, Actuarial Testimony, Risk Assessment, Mental Illness.

<sup>1</sup> Earlier drafts of this paper were presented at the *III Encuentro Latinoamericano de Epistemología Jurídica* in México City, at *PHILOGICA IV* in Bogotá, at the School of Law of the Universidad Alberto Hurtado in Santiago de Chile, and at the School of Law of the Universidad Austral de Chile in Valdivia. I would like to thank the audience of these talks for useful comments and suggestions.

Recebido: June 10, 2016

Aceito: July 26, 2016

O testemunho sobre a periculosidade futura de uma pessoa tem sido uma marca central de muitos processos judiciais. Em contextos tais como pagamento de fiança, proferimento de sentença e decisões sobre liberdade condicional, confinamento civil do doente mental e custódia em casos de violência doméstica, a avaliação da propensão de uma pessoa à violência física ou sexual é considerada um fator fundamental. Essas avaliações podem ser baseadas em duas formas de perícia: atuarial ou clínica. O propósito deste artigo é examinar a base científica e epistemológica de ambos os métodos de predição ou de avaliação de risco. Minha análise revelará que este tipo de perícia não possui fundamento. Os problemas que serão discutidos gerarão um dilema para os investigadores dos fatos no processo judicial: por um lado, dadas as habilidades preditivas fracas dos ramos da ciência envolvidos, não deveriam admitir a perícia atuarial e clínica como meios de prova; por outro lado, há uma tradição muito forte e uma vasta jurisprudência que dá suporte ao uso contínuo deste tipo de prova pericial. Este é um caso claro do não tão incomum conflito entre a ciência e a tradição jurídica.

**Keywords:** Predição do comportamento, Perícia clínica, Perícia atuarial, Avaliação de risco, Doença mental.

### 1. INTRODUCTION

In October 2012, six Italian seismologists and a government official were found guilty of manslaughter and sentenced to six years each for failing to adequately warn residents of the risk before the earthquake that hit the city of L'Aquila in 2009 killing 308 people. The verdict sent shockwaves throughout the scientific community. *Nature* published an editorial calling the verdict “perverse and the sentence ludicrous”<sup>2</sup>. In 2014, an appeals court acquitted the seismologists and reduced to two years the sentence of the government official.

Unreasonable expectations about the predictive abilities of a branch of science are not uncommon in law. They are at the basis not only of unwarranted negligence claims, but also of legal decisions that have a scientific veneer but that make use of predictions that the scientific community at large does not sanction. Consider the *Adam Walsh Child Protection and Safety Act (2006)*, an American federal statute that establishes among its provisions a controversial post-conviction

---

<sup>2</sup> Editorial, 2012, p. 446.

## The American Psychiatric Association has repeatedly objected to the civil commitment of sex offenders on scientific grounds.

civil commitment scheme. The Commitment Provision<sup>3</sup> allows the federal Bureau of Prisons to keep inmates in prison past their release date if the government can prove “by clear and convincing evidence”<sup>4</sup> that the inmate is a “sexually dangerous person”, i.e. one “who has engaged or attempted to engage in sexually violent conduct or child molestation and who is sexually dangerous to others”<sup>5</sup>. A person is sexually dangerous to others insofar as he “suffers from a serious mental illness, abnormality, or disorder as a result of which he would have serious difficulty in refraining from sexually violent conduct or child molestation if released”<sup>6</sup>. The American Psychiatric Association has repeatedly objected to the civil commitment of sex offenders on scientific grounds. In 1999, a task force created by the APA declared:

[S]exual predator commitment laws represent [a serious assault on the integrity of psychiatry, particularly with regard to defining mental illness and the clinical conditions for compulsory treatment. Moreover, by bending civil commitment to serve essentially non-medical purposes, sexual predator commitment statutes threaten to undermine the legitimacy of the medical model of commitment. (...) [P]sychiatry must vigorously oppose these statutes, to preserve the moral authority of the profession and to ensure continuing societal confidence in the medical model of civil commitment<sup>7</sup>.

Most of the debate has focused on the clinical methods used to assess the risk that the offender is likely to commit future acts of sexual violence, and on the type of information that can be used in that assessment. During the process, the Department of Justice can consider past conduct that did not result in an arrest, prosecution or conviction. In fact, offenders can be certified for civil commitment even if they have no prior criminal record of sex offenses: “It is not

<sup>3</sup> The Commitment Provision has its roots in two previous Supreme Court decisions: *Kansas v. Hendriks* (1997) and *Kansas v. Crane* (2002).

<sup>4</sup> 18 U.S.C. §4248(d). The standard is lower than the one required for the original criminal conviction, viz. “beyond all reasonable doubt”.

<sup>5</sup> 18 U.S.C. §4247(a)(5).

<sup>6</sup> 18 U.S.C. §4247(a)(6).

<sup>7</sup> American Psychiatric Association Task Force on Sexually Dangerous Offenders, 1999, p. 173. The Commitment Provision has also been challenged on constitutional grounds. In 2009, the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, in Richmond, Va., ruled that none of the powers granted to Congress in the Constitution empowered it to authorize such civil commitments. In 2010 the Supreme Court upheld the Adam Walsh Act in *United States v. Comstock*. Justice Breyer made it clear that the court was not ruling on the separate question of whether the Commitment Provision violated the Constitution’s due process clause. See Baker (2009) for a discussion of the constitutional issues involved.

necessary that a person have been charged with or convicted of any criminal act related to the conduct being considered — a limitation that could prevent a mental health professional from considering probative and relevant evidence such as long-established patterns of behaviour, admissions of criminal activity previously undetected by authorities, and statements of intent to commit future sexually violent crimes or acts of child molestation”<sup>8</sup>.

The use of scientific predictions in law is limited to the two types of cases illustrated by the previous two examples. The first type is constituted by negligence claims. Negligence covers a wide territory, including claims related to a doctor’s liability for a patient’s lost chance to recover from illness, claims about the unforeseen negative impact of a product or a construction project on the environment or on people’s health, or about the unanticipated dire financial effects of a stock market transaction on stockholders’ investments. Negligence claims are very fact-specific and the examples could be multiplied *ad nauseam*. If one is interested in the *limits* of scientific prediction, one must distinguish between liability caused by scientific errors and mistakes due to carelessness, inattention, or purposeful deception, from liability caused by scientific predictions that could have reasonably been made at the time but were not<sup>9</sup>. It is the latter type of liability that will be relevant<sup>10</sup>.

The second type of case involves the prediction of people’s future behavior, especially of a violent or sexual nature, in settings such as capital sentencing, bail and parole decisions, rulings about the civil confinement of the mentally ill, and custody decisions in a context of domestic violence.<sup>11</sup> These predictions can be based on two forms of expert testimony: actuarial or clinical. By far, the most common is clinical prediction, either by a psychiatrist or a psychologist, although actuarial testimony is often used in parole board hearings.

<sup>8</sup> Bureau of Prisons, 2007, p. 43207.

<sup>9</sup> The difference between a scientifically predictable and a reasonably foreseeable event, as defined in the law of torts, is a question of degree. Almost all the cases I have in mind require expert testimony given the mathematical (probabilistic) nature of the facts involved.

<sup>10</sup> For a clarification of the basic concepts involved, see WRIGHT, 1988.

<sup>11</sup> The two types of cases came together in the 1970s, when courts imposed tort liability on clinicians who negligently failed to predict their patients’ future violent behavior. The therapist’s duty to protect potential victims stems from the Supreme Court of California’s decision in *Tarasoff v. Regents of the University of California* 1976.

**(...) my strategy will be to focus on the slim scientific and epistemological basis of the prediction of future behavior in general.**

The purpose of this paper is to examine this second type of prediction in legal contexts. The legal scenarios in which future behavior is relevant vary widely, from capital sentencing to child custody, and the decisionmakers range from juries and judges, to parole boards. It is therefore difficult to take into account all the specific details and circumstances involved in the use of predictions of future behavior in particular cases. Instead, my strategy will be to focus on the slim scientific and epistemological basis of the prediction of future behavior in general. The problems I will discuss will generate a dilemma for judges: on the one hand, given the weak predictive abilities of the branches of science involved, they should not admit expert clinical or actuarial testimony as evidence<sup>12</sup>; on the other hand, there is a very strong tradition and a vast jurisprudence that supports the continued use of this kind of expert testimony. The resolution of this dilemma lies in an epistemically responsible revision of the admissibility rules for this kind of evidence.

In the final section I will examine some consequences of adopting either method of behavior prediction. I will focus on the strong epistemic dependence on expert testimony in this type of decisions, a dependence that exceeds almost any other legal scenario because it is very difficult to find ancillary evidence to support a prediction about future behavior that does not involve more expert testimony. I will argue that in some cases this dependency on expert testimony jeopardizes the independence between the scientific and the legal standard of proof, between the level of confidence required to make the prediction and the standard of proof used to decide the case. I will also argue that reliance on actuarial methods in particular makes it more likely that the resulting judicial policies that emerge will be more an artifact of the instrument used than of sound political and moral decisions. Although my analysis will be circumscribed to American law, the lessons for other legal systems are fairly obvious.

---

<sup>12</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* 1993.

## 2. CLINICAL TESTIMONY

In this section I will examine the scientific and epistemological foundations of clinical testimony, the first of the two types of expert testimony regularly used to determine the future behavior of a defendant or an offender<sup>13</sup>. Clinical testimony is widely regarded as the more problematic of the two generators of future behavior predictions<sup>14</sup>.

There is little controversy regarding the kind of future criminal behaviour that the legal system ought to prevent. But it is far from clear what findings of fact will enable it to predict the behaviour it seeks to prevent. Let us return initially to the Commitment Provision of the *Adam Walsh Act (AWA)*<sup>15</sup> and examine the methodology used to assess the risk that the inmate is likely to commit future acts of sexual violence if released. According to the AWA, a finding of likelihood of sexual recidivism based on the diagnosis of a volitional impairment is a necessary requirement for civil commitment. The problem is that there is no conceptual clarity on what exactly is being diagnosed. “The field of risk assessment [of the likelihood of sexual recidivism] is lacking consistent empirical support defining volitional impairments relevant to a threshold for legal civil commitment”<sup>16</sup>. The statute does not define the terms “serious mental illness”, “abnormality”, or “disorder”, mentioned in the definition of a sexually dangerous person, expecting perhaps that expert clinical testimony, the DSM (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) or the ICD (International Statistical

---

**13** Clinical testimony can be either completely unstructured, based solely on the clinician’s experience, or aided by actuarial instruments. Most of the discussion in this section refers to unstructured clinical assessments, which are the most common basis for expert testimony in court. Since the next section criticizes the epistemological basis of current actuarial instruments in general, I consider it unnecessary to devote a separate section to “mixed” methods that include both clinical and actuarial criteria.

**14** For a defense of the view that individualized clinical assessments of the likely dangerousness of people are superior to actuarial ones, see LITWACK, 2001; for the opposing view targeted by LITWACK, see QUINSEY et al., 1999. HARCOURT, 2007, also opposes actuarial methods, but instead of individualized assessments of future dangerousness, he proposes a turn to randomness in punishment and policing.

**15** Under Canadian law a court can impose a similar sentence called “indeterminate detention”. It is imposed, among other reasons, when “the offender, by his or her conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he or she has been convicted, has shown a failure to control his or her sexual impulses and a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his or her sexual impulses” (*Criminal Code*, XXIV, 753 (1)(b)).

**16** FABIAN, 2012, p. 309.



**(...) a paraphilia is a highly controversial concept that depends on what is considered sexually deviant at a particular place and time.**

Classification of Diseases and Related Health Problems)<sup>17</sup> will be able to fill in the blanks.

Fitch reports that 85% of offenders committed under sexually violent predatory laws in the United States have been diagnosed with paraphilias, which are abnormal sexual behaviors listed both in the DSM and the ICD<sup>18</sup>. But a paraphilia is a highly controversial concept that depends on what is considered sexually deviant at a particular place and time. Up until 1973, for example, homosexuality was classified as a paraphilia under the DSM-II. Any proposed definition of “paraphilia” is thus “vulnerable to societal pressures rather than advances in science”<sup>19</sup>. More recent versions of the manuals have not provided further clarity about the concept. There are significant differences between the DSM-5 (American Psychiatric Association, 2013) and the ICD-10 (World Health Organization, 2010) regarding which disorders are included and how they are categorized<sup>20</sup>. It is not surprising, therefore that there is a growing chorus calling for the removal of paraphilias from the DSM<sup>21</sup>.

Philosophers of science have also questioned the theoretical basis of these classifications. Murray, for example, argues that the current literature on mental illness lacks a coherent concept of the mental and a satisfactory account of disorder<sup>22</sup>. In his view, the DSM classifies mental illnesses according to their discernible symptoms, ignoring the underlying causal structure of the mind. This classification is useful for treatment purposes, but without an understanding of the mental mechanisms involved it seems woefully unsuitable for the purpose of predicting future behavior<sup>23</sup>.

Aside from the controversial and highly debated definitional issues regarding paraphilias and mental illnesses, there are many other straightforward and noncontroversial methodological problems with the prediction of future behaviour based on clinical diagnosis. In what follows I will briefly present some of the main issues.

<sup>17</sup> All WHO member countries are required to follow the definitions in the ICD, but the DSM carries more weight among psychiatrists and psychologists.

<sup>18</sup> FITCH, 2003.

<sup>19</sup> ZONANA, 2011, p. 249.

<sup>20</sup> REED, 2010.

<sup>21</sup> MOSER and KLEINPLATZ, 2005.

<sup>22</sup> MURRAY, 2006.

<sup>23</sup> I am grateful to Santiago Amaya for calling my attention to this issue.



The first problem with clinical expert testimony is that experts often overestimate base rates<sup>24</sup>, which in turn leads to over-conservative decisions regarding the release of prisoners. Prediction of an event becomes more difficult the further downwards the base rate departs from 0.5. The base rate for recidivism of violent crimes, according to many studies, is never higher than 20%<sup>25</sup>, and for sexual crimes it is between 10% and 15% after 5 years, and 20% after 10 years<sup>26</sup>. Additionally, people with medical training, such as psychiatrists, tend to overestimate the base rate to a higher degree than psychologists<sup>27</sup>. Decisionmakers also often overestimate how much information they possess. This leads them to overconfidence and to decisions that are not warranted by the data<sup>28</sup>. They also rely on highly salient information that has relatively little predictive value, such as history of institutional violence<sup>29</sup>.

Often mental health practitioners testifying in court shore up their judgments by mentioning their accumulated experience. In statements such as: “In my 20 years of experience judging similar cases...” the listener is supposed to find a good reason to believe the expert witness’ testimony. Although accumulated experience is a necessary condition for expertise and a good reason to believe a person’s judgment in many contexts, research shows that in the case of clinical prediction accumulated experience is basically irrelevant. Several authors have shown that there is little empirical evidence supporting expert status for clinicians on the basis of their training, experience, or information processing ability<sup>30</sup>. Often experts with the same degree of experience disagree in their diagnosis of psychiatric patients<sup>31</sup>, and despite the lack of correlation between experience and predictive accuracy, the confidence of clinicians in their diagnosis increases with experience<sup>32</sup>. Several studies have

---

**24** Base rates refer to the relative frequency of a state or condition in a population or a series of events. The overestimation of base rates might be the result of the fact that clinical experts rely on their professional practice, in which the frequency of mental illnesses is much higher than in the general population.

**25** YANG et al., 2010.

**26** HANSON, 2003.

**27** QUINSEY, 1981.

**28** WIGGINS, 1973.

**29** QUINSEY, 1979.

**30** WIGGINS, 1973; SCHINKA & SINES, 1974.

**31** QUINCEY and AMBTMAN, 1979.

**32** GOLDBERG, 1968.

## (...) the APA rejected the use of clinical predictions of long-term future behaviour.

compared the predictive abilities of experienced clinicians with that of graduate students and lay people. In a famous study, Quincey and Ambtman compared the predictions of nine teachers and four senior forensic psychiatrists regarding the behavior of 30 people who had been released from prison. Based on the same data set, the teachers were more accurate in their predictions than the experts<sup>33</sup>.

In view of all of these methodological problems, in an *amicus curiae* addressed to the Supreme Court of the United States in *Barefoot* (1983), the APA rejected the use of clinical predictions of long-term future behaviour:

Psychiatrists should not be permitted to offer a prediction concerning the long-term future dangerousness of a defendant in a capital case, at least in those circumstances where the psychiatrist purports to be testifying as a medical expert possessing predictive expertise in this area. Although psychiatric assessments may permit short-term predictions of violent or assaultive behavior, medical knowledge has simply not advanced to the point where long-term predictions —the type of testimony at issue in this case— may be made with even reasonable accuracy. The large body of research in this area indicates that, even under the best of conditions, psychiatric predictions of long-term future dangerousness are wrong in at least two out of every three cases<sup>34</sup>.

Most of the problems that led the APA to this conclusion were well known in the medical and psychological literature at the time, but they seem to have had very little effect on changing the culture of admitting clinical predictions as an acceptable form of expert testimony. Quite the contrary: In *Barefoot*, the Supreme Court stated that since the APA did not claim “that psychiatrists are always wrong with respect to future dangerousness, only most of the time”<sup>35</sup>, it would not exclude such testimony: “we are no more convinced now that the view of the APA should be converted into a constitutional rule barring an entire category of expert testimony. (...) The suggestion that no psychiatrist’s testimony may be presented with respect to a defendant’s future dangerousness is somewhat like asking us to disinvent the wheel”<sup>36</sup>. The Court’s

<sup>33</sup> QUINCEY and AMBTMAN, 1979.

<sup>34</sup> Brief for *Amicus Curiae of the American Psychiatric Association*, 1983, p. 3.

<sup>35</sup> *Barefoot*, p. 901.

<sup>36</sup> *Barefoot*, p. 899 and 896.

decision made clinical predictions of future dangerousness<sup>37</sup> unavoidable in many court proceedings, and the issue is not likely to be challenged any time soon<sup>38</sup>.

### 3. ACTUARIAL TESTIMONY

In its *amicus curiae* in *Barefoot*, the American Psychiatric Association also asserted that the most reliable predictors of long-term future dangerousness were factors that have nothing to do with psychiatric disorders or illnesses, such as age, sex, and previous convictions, among others. In consequence:

[T]he long-term prediction of future dangerousness is an essentially lay determination that should be based not on the diagnoses and opinions of medical experts, but on the basis of predictive statistical or actuarial information that is fundamentally non-medical in nature. The psychiatric gloss on such data furnished by expert medical testimony provides little, if any, additional information to the jury<sup>39</sup>.

The use of psychiatric expert testimony to present actuarial data can cause great damage to the defendant. By dressing up the actuarial information in a medical disguise, a psychiatrist's testimony will receive undeserved credibility. Expert clinical testimony is more persuasive to jurors than actuarial testimony, even after cross-examination and after being confronted with testimony from a rival expert<sup>40</sup>. Psychiatric testimony also spares the jury the difficult task of interpreting statistical data, relying instead on the expert's interpretation, which is provided using the same expertise possessed by a layman. For these reasons, the APA considers that psychiatric testimony should be eliminated from the fact-finding process if the goal is to predict long-term future dangerousness, and that it should be replaced with actuarial instruments. Nowadays, over 60% of general psychiatric patients are routinely

<sup>37</sup> It should be noted that the mysterious-sounding expression "the prediction of future dangerousness" has fallen into disuse in recent times, and most predictions are now stated in the vocabulary of "risk assessment". This reflects, according to HAMILTON (2015, p. 7-8), the shift from clinical towards actuarial methods.

<sup>38</sup> The Court reached similar decisions in *Schall v. Martin* (1984) and *United States v. Salerno* (1987).

<sup>39</sup> Brief for *Amicus Curiae of the American Psychiatric Association*, 1983, p. 5.

<sup>40</sup> KRAUSS & SALES, 2001.

assessed for violence risk using actuarial instruments<sup>41</sup>, rising to above 80% in forensic psychiatric hospitals<sup>42</sup>.

*Policymakers in the judicial system have also embraced the use of actuarial methods.* Their goal is to find cost-effective solutions to criminal offending. Actuarial methods allow officials to reserve prison resources for high-risk offenders and to identify good candidates for rehabilitation in cheaper community-based programs<sup>43</sup>. According to a 2004 survey, out of the 32 US states that granted parole at the time, 23 had used actuarial instruments as part of these decisions<sup>44</sup>.

**Policymakers in the judicial system have also embraced the use of actuarial methods.**

There are over 150 actuarial instruments in use, and they are starting to be used in developing countries<sup>45</sup>. In this section I will examine some of the best-known actuarial instruments used in the prediction of future violent and sexual behavior, seeking to establish whether the faith placed in them by the judicial system and by the APA is guaranteed from an epistemological point of view. To anticipate, I will argue that the use of these methods to predict future dangerous is epistemically unacceptable and that their indiscriminate use in the judicial system can lead to serious and dire consequences.

Actuarial methods are based on statistical data about risk factors that are known to predict recidivism across contexts and individuals. These factors are combined and each factor is assigned a weighted score. The goal is to provide a final score for each individual, which is then associated to a specific risk level according to pre-established criteria. For example, an individual score between 15 and 20 on a questionnaire could mean that the individual will be classified as “high risk”. Some methods are applied across the board; others are designed for specific types of offenders or crimes. Here I will focus only on violent or sexual offenders. Risk factors can be static or dynamic. Static factors include age, educational level, occupation, sexual and nonsexual criminal history, and previous alcohol problems, among others. Dynamic factors are those that can vary

41 HIGGINS et al., 2005.

42 KHIROYA et al., 2009.

43 HAMILTON, 2015.

44 HARCOURT, 2007.

45 FAZEL et al., 2012.

in time, in particular during the reclusion period. They include a tendency towards interpersonal conflicts, substance abuse, and tolerance towards sexual violence.

The best known and most widely used actuarial instruments for violence and sexual risk assessment are the Violence Risk Appraisal Guide (VRAG) and the Static-99<sup>46</sup>. VRAG assesses the risk of further violent behavior among people who have already committed violent crimes. It includes 12 items including one that requires determining psychopathy using the Psychopathy Checklist (revised) (PCL-R)<sup>47</sup>. VRAG is perhaps the most researched instrument in terms of replications and cross-validation<sup>48</sup>. SORAG<sup>49</sup> is a variation of VRAG for sexual offenders, in particular, for men convicted for offences of rape or child molestation. Static 99 was developed to assess the risk of recidivism among patients convicted for sexual crimes. It only considers static factors; hence the name<sup>50</sup>.

An initial problem with these methods stems from the very nature of probabilistic phenomena: If the base rate of an event is very low, no statistical predictive instrument will be very effective<sup>51</sup>. As we saw in the previous section, the base rates for violent and sexual recidivism in most populations is at most 20%. It is true that the base rates for the samples used to design VRAG and Static 99 were higher: 31% for the former after 7 years, and 21% for the latter after 10 years<sup>52</sup>. However, there is plenty of evidence that these results do not reflect the general recidivism base rates in the general population of violent and sexual offenders. When more realistic base rates are used, the predictive success of both instruments falls dramatically. For example, when a 10% base rate is used for patients classified

<sup>46</sup> HARRIS et al., 1993 and 2003.

<sup>47</sup> See HARE, 1991. As LITWACK point out (2001, p. 413), this makes VRAG crucially dependent on clinical assessments since PCL-R measures a personality variable that requires clinical judgment to obtain. Litwack's ultimate purpose is to show that actuarial methods have not been proven to be superior to clinical ones, but if, as I argue here, both methods are equally suspect, it becomes irrelevant whether one is slightly less inaccurate than the other.

<sup>48</sup> SKEEM and MONAHAN, 2011.

<sup>49</sup> QUINSEY et al., 1998.

<sup>50</sup> Other well-known actuarial instruments include the SIR (Statistical Information on Recidivism) scale and SONAR (Sex Offender Need Assessment Record). The former only includes static factors. It is modestly successful in predicting general recidivism but it is not very effective in the prediction of violent or sexual crimes; the latter focuses on changes in dynamic factors during incarceration and serves as a complement for other actuarial instruments.

<sup>51</sup> MOSSMAN, 2008.

<sup>52</sup> HASTINGS et al., 2011.

**(...) there is no reliable information about the true recidivism rates for several violent offenses.**

as “high risk” using VRAG, 69% would represent false predictions of recidivism<sup>53</sup>. The problem is not just that violence and sexual risk prediction is an inexact science<sup>54</sup>. The discussion below will show that it is seriously flawed and that it introduces undesirable distortions in the legal system.

The financial system and the insurance industry make effective use of actuarial predictive instruments. The effectiveness and confidence of the decisions they make for individual cases is based on their knowledge of all the relevant variables with a proven relationship with future risk, for example, the probability that people within a certain population will default on their mortgages. The situation is entirely different within the legal system. In particular, there is no reliable information about the true recidivism rates for several violent offenses. Recidivism rates for sexual or violent crimes are based on officially recorded information, such as an arrest, a criminal conviction, or incarceration<sup>55</sup>. This information is unreliable for two reasons. The first one is that it constitutes only a fraction of the true reoffense rates. It is well known that most sexual crimes, for example, are not reported. According to the National Crime Victimization Survey conducted by the US Justice Department, 68% of sexual assaults committed between 2008 and 2012 were left unreported. An earlier report by the US Bureau of Justice Statistics showed that the majority of rapes and sexual assaults perpetrated against females between 1992 and 2000 were not reported to the police. Only 36 percent of rapes, 34 percent of attempted rapes, and 26 percent of sexual assaults were reported<sup>56</sup>. The very nature of these crimes, which are often committed by family members, makes it unlikely that these statistics will improve.

The second reason is that there is a lack of clarity regarding what counts as a violent crime. For example, in some jurisdictions entering

<sup>53</sup> HAMILTON, 2015, p. 40.

<sup>54</sup> General recidivism is easier to predict, i.e. predictions can be made with higher statistical confidence, because the base rate of minor or moderately serious offenses is much higher than the base rate for violent or sexual crimes.

<sup>55</sup> Different actuarial instruments use different methods to determine recidivism: convictions, arrests, probation/parole violations, or self-reports. This methodological difference makes them incommensurable.

<sup>56</sup> RENNISON, 2002.

**Perhaps the most problematic feature of most actuarial methods is that their actual success rate is very modest.**

an empty house to commit burglary counts as a violent crime<sup>57</sup>. Counting such crimes as violent offenses offers a distorted picture of the base rate for violent recidivism. Furthermore, Quinsey et al. claim that the VRAG score is “positively related to the probability of at least one violent reoffense”<sup>58</sup>. However, without a more detailed definition of what counts as a violent reoffense, the VRAG score can generate widespread injustice: “Even an almost 100% probability that an offender, if released, will commit a simple assault within the next 10 years would not justify that offender’s continued retention by any reasonable cost-benefit analysis”<sup>59</sup>. The uncertainty about recidivism rates does not allow an adequate analysis of the actuarial instrument, in particular, regarding the rate of false negatives and false positives. Without this information it is impossible to correctly assess the sensitivity and specificity of the actuarial instrument, and *a fortiori*, to calculate its error rate<sup>60</sup>.

Perhaps the most problematic feature of most actuarial methods is that their actual success rate is very modest. Consider initially the study that provided the basis for the development of VRAG<sup>61</sup>. The study was conducted among 618 juvenile and adult male offenders who had been released from secure confinement after being treated in the maximum-security Oak Ridge psychiatric facility in Ontario or briefly assessed there prior to imprisonment. After 7 years their recidivism rate was determined. When the offenders were divided into high and low risk according to the 12 predictor variables that constitute VRAG, using a cutoff score of 7, they obtained the following results:

<sup>57</sup> The US Supreme Court has regarded burglary as violent in some cases (*James v. United States*, 2007; *Taylor v. United States*, 1990), and as non-violent in others (*Solem v. Helm*, 1983; *Tennessee v. Garner*, 1985). It is counted as a violent crime under the Sentencing Guidelines of the United States (United States Sentencing Commission, 2013). The main argument for counting it as violent is that the potential for violence is always present. The classification is liable to being manipulated for political purposes, in particular, by fear-mongering politicians.

<sup>58</sup> QUINSEY et al., 1998, p. 149.

<sup>59</sup> LITWACK, 2001, p. 429.

<sup>60</sup> Sensitivity and specificity are statistical measures of the performance of a classificatory instrument such as VRAG. The sensitivity of a risk assessment instrument is its ability to detect true positives, people classified as high risk who will recidivate, while its specificity is its ability to detect true negatives, people classified as low risk who will not recidivate. Technically, sensitivity is defined as the number of true positives divided by the total number of people in the population who will recidivate, including the false negatives:  $TP/(TP + FN)$ . Specificity is defined as the number of true negatives divided by the total number of people in the population who will not recidivate, including the false positives:  $TN/(TN + FP)$ .

<sup>61</sup> HARRIS et al., 1993.



**Table 1:** The basis for VRAG

	Recidivists	Nonrecidivists	Total
High Risk	114	94	208
Low Risk	77	333	410
Total	191	427	618

These results indicate that among those patients classified as “high risk”, there was a recidivism rate of 55% (114/208), while the recidivism rate for those classified as “low risk” was 19% (77/410). The former result is very troubling. It indicates that the instrument was only slightly better than chance at predicting future dangerousness. Furthermore, if the resulting 94 false positives were placed in civil commitment, 15% of the total population would be unfairly committed. And since VRAG did not detect 40% of the total of recidivists (77/191), it failed to protect society by releasing a large number of future recidivists. These troubling results are reflected in the sensitivity and specificity of the instrument. Based only on this initial sample, VRAG has a very modest sensitivity as a predictor of violence ( $TP/(TP + FN) = 114/(114+77) = 0.6$ ). Its specificity is acceptable ( $TN/(TN + FP) = 333/(333+ 94) = 0.78$ ).

During the last three decades, VRAG and many other actuarial instruments have been used in many different populations with varying results. A complete discussion of the technical details regarding the statistical methods used to assess the predictive validity of VRAG and other instruments falls beyond the scope of this essay<sup>62</sup>. The following paragraphs can only offer a faint flavor of a highly technical discussion. Many defenders of actuarial instruments measure predictive accuracy using an index of sensitivity and specificity across score thresholds known as “area under the curve” (AUC). AUC values lie between 0 and 1, with 1 indicating perfect discriminatory ability and 0.5 indicating discriminatory ability no better than chance. In most studies, AUC values for actuarial instruments fall between 0.5 and 1<sup>63</sup>, with the most popular of them

<sup>62</sup> For a detailed technical discussion of the assessment of predictive validity, see HAMILTON (2015, pp. 23-35).

<sup>63</sup> RETTENBERGER et al., 2010.



**Many meta-analyses of these instruments have confirmed that they lead to an unacceptable number of false positives.**

falling between 0.7 and 0.75<sup>64</sup>. What this means is that actuarial instruments have been able to classify violent and sexual recidivists at higher levels of risk than nonrecidivists about 70 to 75% of the time. Defenders of actuarial methods argue that these results represent moderate or large size effects. In statistics, an effect size is a measure of the strength of a phenomenon, such as the correlation between two variables. However, there is no consensus within the statistics community about the exact relationship between effect sizes and AUC values, and the former is often used inconsistently<sup>65</sup>. This lack of consensus within the statistics community weakens the claims of the defenders of actuarial methods.

It must be kept in mind that AUC is only an index of discrimination at the group level. It does not signify the probability that a particular individual was correctly classified: a high AUC value does not mean that a person classified as high risk will most likely become a recidivist. Furthermore, an actuarial instrument can have a high AUC even if the instrument is not well calibrated, that is, even if the percentage of predicted outcomes is significantly different than the proportion of actual outcomes<sup>66</sup>. Another way to put it is that AUC measures are not affected by the actual base rates of offending. Thus an instrument can have a high AUC and at the same time it can offer predictions that differ widely from the true rates of recidivism. Defenders of actuarial methods argue that the use of AUC values solves the low base rate problem discussed in previous paragraphs, but it is more adequate to say that it simply ignores the problem<sup>67</sup>, with dire consequences: “Even with relatively high AUC values (e.g., 0.8), predictions of the occurrence of low base rate events (e.g., 10% base rate or lower) will almost always result in a very large number of false positives”<sup>68</sup>.

Many meta-analyses of these instruments have confirmed that they lead to an unacceptable number of false positives<sup>69</sup>. One of those studies, which offered a systematic review and meta-analysis of 251

<sup>64</sup> Singh et al, 2011. AUC for VRAG’s initial sample was 0.72. This is not very impressive if we consider that a good AUC for a medical diagnosis test is normally above 0.8.

<sup>65</sup> KELLEY & PREACHER, 2012.

<sup>66</sup> HAMILTON, 2015.

<sup>67</sup> AMENTA et al., 2003.

<sup>68</sup> ROSENFELD et al., 2011, p. 41.

<sup>69</sup> SINGH et al., 2011.

validation studies of nine popular actuarial instruments —including VRAG, SORAG, Static 99, and PCL-R— offered the following results: Only 41% of people classified as moderate or high risk by *violence* risk assessment tools violently reoffended, 23% of people classified as moderate or high risk by *sexual* risk assessment tools sexually reoffended, and 52% of people classified as moderate or high risk by *generic* risk assessment tools went on to commit unspecified offenses<sup>70</sup>. On a brighter note, the instruments were able to identify low risk individuals with high levels of accuracy. The authors concluded: “One implication of these findings is that, even after 30 years of development, the view that violence, sexual, or criminal risk can be predicted in most cases is not evidence based. (...) [R]isk assessment tools in their current form can only be used to roughly classify individuals at the group level, and not to safely determine criminal prognosis in an individual case”<sup>71</sup>.

#### 4. UNFORESEEN CONSEQUENCES OF ACTUARIAL METHODS

A very *sensitive* statistical instrument is optimal when one prefers to obtain a much larger number of false positives than of false negatives, i.e., when one prefers that the number of undetected recidivist inmates be minimized, while paying the price of keeping many future nonrecidivists in prison. In contrast, a very *specific* instrument is optimal when one prefers to obtain a much larger number of false negatives than of false positives, i.e., when one prefers to reduce the number of imprisoned future nonrecidivists while taking the risk of releasing many future recidivists. The decision to adopt a very sensitive or a very specific instrument, or to adjust its parameters to make it more sensitive or specific, should be guided by a previous theoretical analysis regarding the price that we, as a society, are willing to pay in terms of civil liberties to guarantee our safety. It should also be informed by a theory of fair punishment. Unfortunately, the rush to adopt actuarial method has been guided by neither. As Harcourt points out:

<sup>70</sup> FAZEL et al., 2012.

<sup>71</sup> FAZEL et al., 2012, p. 5.

[T]he proliferation of actuarial methods has begun to bias our conception of just punishment. (...) [T]hese actuarial instruments represent nothing more than fortuitous advances in technical knowledge from disciplines, such as sociology and psychology, that have no normative stake in the criminal law. These technological advances are, in effect, exogenous shocks to our legal systems, and this raises very troubling questions about what theory of just punishment we would independently embrace and how it is, exactly, that we have allowed technical knowledge, somewhat arbitrarily, to dictate the path of justice<sup>72</sup>.

**(...) there is a long tradition in law that regards a false positive as much more costlier than a false negative.**

A related point has to do with the cutoff points in the instrument's scoring system. Why is 7 instead of 8 the cutoff point for "high risk" in VRAG? Neither clinicians nor statisticians have a commonly agreed definition of "high risk." In the case of VRAG, the cutoff point was chosen because it offered, in the authors' opinion, the best trade-off between sensitivity and specificity. But that trade-off was judged under the assumption that false positives and false negatives have "an equivalent cost"<sup>73</sup>. However, there is a long tradition in law that regards a false positive as much more costlier than a false negative. This tradition is captured by Blackstone's ratio ("the law holds it better that ten guilty persons escape, than that one innocent party suffer") and by the idea that justice must err on the side of innocence. Laudan has argued that "a standard of proof is best conceived as a mechanism for distributing errors. That, in turn, suggests that if we could figure out the relative cost to society of false convictions and false acquittals, we might be able to use the ratio of these costs as a mechanism for determining the height of the SoP"<sup>74</sup>. Given the consequences to the prisoner of being classified as high risk using an actuarial instrument, the cut-off point can also be regarded as a sort of standard of proof, and its determination must also be based on our societal conception of the cost of a false positive and a false negative.

Another related consequence of classifying individuals as high- or low-risk is that the cutoff point might distort the standard of proof used in trial. If the standard of proof is preponderance of the

<sup>72</sup> HARCOURT, 2007, p. 3.

<sup>73</sup> HARRIS et al., 1993, p. 329. In more recent times, Harris and Rice have added that "it can be reasonable for public policy to operate on the basis that a miss (e.g., failing to detain a violent recidivist beforehand) is twice as costly as a false alarm (e.g., detaining a violent offender who would not commit yet another violent offense)" (2013, p. 106).

<sup>74</sup> LAUDAN, 2006, p. 68.

evidence, being classified as “high risk” will tilt the scales against the defendant, while under a standard of clear and convincing evidence, being classified as “low risk” will tilt them in favor of the defendant. Furthermore, there is a risk that actuarial instruments will usurp the factfinder’s role. In a criminal trial, it is the judge’s role to make judgments on the question of reliability and truthfulness of an actuarial instrument. In Allen’s words, “there is no such thing as ‘naked statistical evidence.’ All evidence presented at trial will be tested by the factfinder’s epistemology”<sup>75</sup>. The problem is that most factfinders do not have the required knowledge to undertake an epistemological analysis of actuarial instruments. To do so, they must understand the underlying statistical techniques, which are far from intuitive. In addition, in most cases there will be no more available evidence upon which to base a decision, other than additional clinical or actuarial expert testimony, and a factfinder might be tempted to simply rely on the score provided by the instrument, resulting in what Roberts and Zuckerman call “trial by scientific expert”<sup>76</sup>. Even when there is ancillary evidence, the use of actuarial evidence can generate an anchoring effect. An anchoring bias occurs when a person places too heavy a weight on a single piece of information. It is a cognitive heuristic that helps decisionmakers face complex judgments, but it is also liable to generate errors. If decisionmakers anchor their decisions on actuarial tools, the potential for error is thereby increased.

A further problem with the classificatory standards of actuarial tools is that some of them will classify an individual as “high risk” while others will classify the same individual as “low risk”<sup>77</sup>. The future of an individual therefore depends on the choice of actuarial instrument! The lack of convergence on the same cutoff point is further evidence of their inability to adequately track the rate of recidivism. Furthermore, it is not clear either why falling into the “high risk” category automatically corresponds to a decision of continued imprisonment. Why is a specific probability of recidivism associated with that decision? And how is that probability connected to the duration of a prolonged sentence?

<sup>75</sup> ALLEN, 1991, p. 1098.

<sup>76</sup> ROBERTS and ZUCKERMAN, 2010, p. 489.

<sup>77</sup> BARBAREE et al., 2006.

**(...) actuarial instruments have not been designed to help us understand “low risk” individuals.**

Additionally, actuarial instruments have not been designed to help us understand “low risk” individuals. “Low risk” individuals are just those people who happen not to be “high risk”. The instruments provide no information regarding the factors that diminish their propensity towards violent or sexual recidivism, and are therefore useless in helping policymakers evaluate how effective rehabilitation and socialization programs really are<sup>78</sup>. From a pragmatic point of view it is understandable that the instruments focus on factors that serve as predictors for recidivism, but decisions are being made about low risk individuals despite the fact that these instruments offer no information about them.

Finally, it seems epistemically unacceptable to use actuarial instruments developed in North America in other continents with very different populations. Some studies suggest that the results vary according to population. For example, VRAG works better in the UK and Canada than in the United States<sup>79</sup>. There is also evidence that the predictive validity of VRAG is gender dependent: it works better with male inmates<sup>80</sup>. Currently there are no actuarial risk assessment instruments designed specifically for use with female inmates. If the use of actuarial instruments cannot be avoided, they should at least be tailored to take into account the specific socioeconomic and clinical circumstances of female delinquents<sup>81</sup>.

## 5. CONCLUSIONS

There are several lessons that can be learned from this dire landscape. To avoid the violation of due process generated by the use of clinical or actuarial predictions in judicial proceedings, one option is to convert *Daubert* into a constitutional principle, as suggested by Beecher-Monas<sup>82</sup>. The *Daubert* standard is only required in federal courts in the United States; its adoption at the state level, and in any kind of judicial proceeding, would go a long ways towards cutting the

<sup>78</sup> HAMILTON, 2014.

<sup>79</sup> YANG et al., 2010.

<sup>80</sup> HASTINGS et al., 2012.

<sup>81</sup> Interestingly, clinicians are also far worse at predicting future violent offenses committed by females. According to one study, their accuracy did not differ from chance. Apparently, their inaccuracy appeared to be a function of their underestimation of the base rate of violence among mentally disordered women (Lidz et al., 1993).

<sup>82</sup> BEECHER-MONAS, 2007.

ground from under that particular type of expert testimony. There is a risk, however, that courts will be willing to lower the *Daubert* standard for evidence that originates in the social sciences. In fact, this has already happened. The Texas Court of Criminal Appeals in *Nenno v. State* (1998) stated that “[w]hen addressing fields of study aside from the hard sciences, such as the social sciences or fields that are based primarily upon experience and training as opposed to the scientific method, [the law’s] requirement of reliability applies but with less rigor than to the hard sciences”<sup>83</sup>.

Perhaps the main response offered by defenders of actuarial methods when confronted with arguments such as the ones presented in this paper is that there is nothing better in the offing: “Demonstrably less accurate methods of risk appraisal are widely used instead [...] The only ethical course of action is to use the most accurate system available, even if it is imperfect”<sup>84</sup>. But there is a more ethical course of action, and it is to stop using these methods *tout court*. One cannot but agree with Beecher-Monas when she says that the current state of affairs undermines the rule of law: “Admitting scientifically baseless expert testimony on future dangerousness into evidence is not only cynical, it also undermines law’s moral authority. The very least we can do in system that aspires to do justice is to be sure that the scientific testimony admitted in our courts has been tested, scrutinized, and properly limited”<sup>85</sup>.

Eliminating the prediction of future dangerousness as a factor in sentencing and establishing instead the use of metrics based on the harm caused, the degree of responsibility of the accused, and previous convictions will be a more just course of action than using demonstrably flawed decision methods. The prediction of future dangerousness can also be eliminated as a factor in deciding parole. The only criteria available for parole decisions ought to be statistically solid factors such as an advanced age. The recidivism rate of rapists steadily decreases with age, and prisoners over 60 are very unlikely to commit violent or sexual crimes if released<sup>86</sup>. The risk of error in releasing such prisoners is so low that it is worth

<sup>83</sup> *Nenno v. State*, p. 561 quoted by MONAHAN, 2000, p. 912.

<sup>84</sup> QUINSEY et al., 1998, p. 176.

<sup>85</sup> BEECHER-MONAS, 2007, p. 167.

<sup>86</sup> HANSON, 2002.

taking, especially in light of the obvious benefit or resocializing an individual and freeing up sorely needed space to detain truly dangerous individuals. Furthermore, if rehabilitation programs that establish equivalences between work/study and sentence reduction are to have a real impact, their results must be a starting point in all bail decisions.

I would like to end by clarifying that none of the objections to actuarial methods presented in this paper appeal to what is often called the “G2i” problem: the intrinsic difficulties involved in the application of tools designed at the group level to individual cases<sup>87</sup>. I have no concerns regarding many of the applications in the individual case of conclusions derived from the general case when the price to be paid in terms of errors is socially or scientifically acceptable.<sup>88</sup> But actuarial instruments, as we have seen in this paper, demand an extremely high price in terms of false positives, and that by itself is sufficient reason to reject their use in the individual case, independently of whether, in general, statistical generalizations devoid of any causal support can be the basis for individualized legal decisions.

**(...) none of the objections to actuarial methods presented in this paper appeal to what is often called the “G2i” problem: the intrinsic difficulties involved in the application of tools designed at the group level to individual cases.**

<sup>87</sup> FAIGMAN et al., 2014.

<sup>88</sup> See SCHAUER, 2003, for a general defense of the use of generalizations in legal decision-making. Schauer is careful to acknowledge that error rates that are scientifically acceptable need not be legally acceptable: “Science can tell us that a certain scientific process has, say, a 12 percent error rate (or specific rates of Type I and Type II errors or false positives and false negatives). And scientists must decide for their own scientific purposes whether such rates are sufficient, for example, to assert that something is the case, conclude that a finding is adequate for publication, or find a research program promising enough to renew a research grant. But whether such an error rate is sufficient for a trier of fact to hear it, put someone in jail, keep someone out of jail, justify an injunction, or award damages is not itself a scientific question” (2010, p. 1214).



## REFERENCES

- AMENTA, Amy E.; GUY, Laura S.; EDENS, John F. Sex Offender Risk Assessment: A Cautionary Note Regarding Measures Attempting to Quantify Violence Risk. *Journal of Forensic Psychology Practice*, n. 3, p. 39-50, 2003.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Dangerous Sex Offenders: A Task Force Report of the American Psychiatric Association*. Washington: American Psychiatric Association, 1999.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM-5*. Washington: American Psychiatric Association, 2013.
- ALLEN, Ronald. On the Significance of Batting Averages and Strikeout Totals: A Clarification of the “Naked Statistical Evidence” Debate, the Meaning of “Evidence,” and the Requirement of Proof Beyond Reasonable Doubt. *Tulane Law Review*, n. 65, p. 1093-1110, 1991.
- BAKER, Emily. The Adam Walsh Act: Un-Civil Commitment. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, n. 37, p. 143-165, 2009.
- BARBAREE, Howard; LANGTON, Calvin; PEACOCK, Edward. Different Actuarial Risk Measures Produce Different Risk Rankings for Sexual Offenders. *Sexual Abuse*, n. 18, p. 423-440, 2006.
- BEECHER-MONAS, Erica. *Evaluating Scientific Evidence. An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- BRIEF for Amicus Curiae of the American Psychiatric Association, *Barefoot v. Estelle*, 1983 U.S. S. Ct. Briefs LEXIS 1529 (March 4, 1983) (No. 82-6080).
- BUREAU OF PRISONS. Civil Commitment of a Sexually Dangerous Person. *Federal Register*, 72, p. 43205-43209, 2007.
- EDITORIAL: Shock and Law [Editorial]. *Nature*, 490, 446, 2012.
- FABIAN, John. The Adam Walsh Child Protection and Safety Act: Legal and Psychological Aspects of the New Civil Commitment Law for Federal Sex Offenders. *Cleveland State Law Review*, n. 60, p. 307-364, 2012.
- FAIGMAN, David; MONAHAN, John; SLOBOGIN, Christopher. Group to Individual (G2i) Inference in Scientific Expert Testimony. *University of Chicago Law Review*, 81, p. 417-480, 2014.
- FAZEL, Seena et al. Use of Risk Assessment Tools to Predict Violence and Antisocial Behaviour in 73 Samples Involving 24827 People: Systematic Review and Meta-analysis. *BMJ*, 345, e4692, 2012.



FITCH, W. Lawrence. Sexual Offender Commitment in the United States: Legislative and Policy Concerns. *Annals of the New York Academy of Science*, n. 989, p. 489–501, 2003.

GOLDBERG, Lewis. Simple Models or Simple Processes: Some Research on Clinical Judgments. *American Psychologist*, n. 23, p. 482-496, 1968.

HAMILTON, Melissa. Adventures in Risk: Predicting Violent and Sexual Recidivism in Sentencing Law. *Arizona State Law Journal*, n. 47, p. 1-62, 2015.

HANSON, Karl. Recidivism and Age. Follow-up Data from 4673 Sexual Offenders. *Journal of Interpersonal Violence*, n. 17, p. 1046-1062, 2002.

HARCOURT, Bernard. *Against Prediction: Profile, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

HARE, Robert. *Manual for the Hare Psychopathy Checklist-Revised*. Toronto: Multi-Health Systems, 1991.

HARRIS, Andrew et al. *Static-99 Coding Rules: Revised 2003*. Solicitor General Canada, 2003.

HARRIS, Grant; RICE, Marnie; QUINSEY, Vernon. Violent Recidivism of Mentally Disordered Offenders. The Development of a Statistical Prediction Instrument. *Criminal Justice and Behavior*, n. 20, p. 315-335, 1993.

HARRIS, Grant; RICE, Marnie. Bayes and Base Rates: What Is an Informative Prior for Actuarial Violence Risk Assessment? *Behavioral Sciences & the Law*, n. 31, p. 103-124, 2013.

HASTINGS, Mark et al. Predictive and Incremental Validity of the Violence Risk Appraisal Guide Scores with Male and Female Jail Inmates. *Psychological Assessments*, n. 23, p. 174-183, 2012.

HIGGINS, Nicola et al. Assessing Violence Risk in General Adult Psychiatry. *Psychiatry Bulletin*, n. 29, p. 131-133, 2005.

KELLEY, Ken; PREACHER, Kristopher. On Effect Size. *Psychological Methods*, n. 17, p. 137-152, 2012.

KHIROYA, Reena; WEAVER, Tim; MADEN, Tony. Use and Perceived Utility of Structured Violence Risk Assessment in English Medium Secure Forensic Units. *Psychiatry Bulletin*, n. 33, p. 129-32, 2009.

KRAUSS, Daniel; SALES, Bruce D. The Effects of Clinical and Scientific Expert Testimony on Juror Decision Making in Capital Sentencing. *Psychology, Public Policy and Law*, n. 7, p. 267-310, 2001.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006.

LIDZ, Charles W.; MULVEY, Edward Patrick; GARDNER, William. The Accuracy of Predictions of Violence to Others. *Journal of the American Medical Association*, n. 269, p. 1007-1011, 1993.

LITWACK, Thomas R. Actuarial versus Clinical Assessments of Dangerousness. *Psychology, Public Policy and Law*, n. 7, p. 409–443, 2001.

MONAHAN, John. Violence Risk Assessment: Scientific Validity and Evidentiary Admissibility. *Washington and Lee Law Review*, 57, 901-918, 2000.

MOSER, Charles; KLEINPLATZ, Peggy. DSM-IV-TR and the Paraphilias: An Argument for Removal. *Journal of Psychology & Human Sexuality*, n. 17, p. 91-109, 2005.

MOSSMAN, Douglas. Connecting Which Dots? Problems in Detecting Uncommon Events. In: Harris, Andrew; PAGÉ, Caroline (Eds.). *Sexual Homicides and Paraphilias: The Correctional Service of Canada's Experts Forum 2007*. Ottawa: Correctional Service of Canada, 2008.

MURRAY, Dominic. *Psychiatry in the Scientific Image*. Cambridge: MIT Press, 2006.

QUINSEY, Vernon L. Demographic and Clinical Variables Associated with Release from a Maximum Security Psychiatric Institution. *Criminal Justice and Behavior*, n. 6, p. 390-399, 1979.

\_\_\_\_\_. The Long-Term Management of the Mentally Disordered Offender. In HUCKER, Stephen J.; Webster, Christopher D.; BEN-ARON, Mark H. (Eds.). *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981, p. 137-155.

QUINSEY, Vernon L.; AMBTMAN, Rudolf. Variables Affecting Psychiatrists' and Teachers' Assessments of the Dangerousness of Mentally Ill Offenders. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, n. 47, p. 353-362, 1979.

QUINSEY, Vernon et al. *Violent Offenders: Appraising and Managing Risk*. Washington: American Psychological Association, 1998.

REED, Geoffrey M. Toward ICD-11: Improving the Clinical Utility of WHO's International Classification of Mental Disorders. *Professional Psychology: Research and Practice*, n. 41, p. 457–464, 2010.

RENNISON, Callie M. *Rape and Sexual Assault: Reporting to Police and Medical Attention, 1992–2000*. Washington: U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, 2002.

RETTENBERGER, Martin et al. Prospective Actuarial Risk Assessment: A Comparison of Five Risk Assessment Instruments

in Different Sexual Offender Subtypes. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, n. 54, p. 169-186, 2010.

ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal Evidence*. 2<sup>nd</sup> edition. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ROSENFELD, Barry; EDENS, John; LOWMASTER, Sara. Measure Development in Forensic Psychology. In: ROSENFELD, Barry; PENROD, Stephen D. (Eds.). *Research Methods in Forensic Psychology*. Hoboken: Wiley, 2003, p. 26-42.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. Can Bad Science Be Good Evidence? Neuroscience, Lie Detection, and Beyond. *Cornell Law Review*, n. 95, p. 1191-1219, 2010.

SCHINKA, John A.; SINES, Jacob O. Correlates of Accuracy in Personality Assessment. *Journal of Clinical Psychology*, n. 30, p. 374-377, 1974.

SINGH, Jay P., GRANN, Martin; FAZEL, Seena. A Comparative Study of Violence Risk Assessment Tools: A Systematic Review and Metaregression Analysis of 68 Studies Involving 25,980 Participants. *Clinical Psychology Review*, n. 31, p. 499-513, 2011.

SKEEM, Jennifer L.; MONAHAN, John. Current Directions in Violence Risk Assessment. *Current Directions in Psychological Science*, 20, 38-42, 2011.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Guidelines Manual*, 2013. Disponível em: [http://www.ussc.gov/Guidelines/2013\\_Guidelines/index.cfm](http://www.ussc.gov/Guidelines/2013_Guidelines/index.cfm). Acessado em: maio 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision*, 2010. Disponível em: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en>. Acessado em: maio 2016.

WIGGINS, Jerry S. *Personality and Prediction: Principles of Personality Assessment*. Reading: Addison-Wesley, 1973.

WRIGHT, Richard W. Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts. *Iowa Law Review*, n. 73, p. 1001-1077, 1988.

YANG, Min; WONG, Stephen C. P.; COID, Jeremy Weir. The Efficacy of Violence Prediction: A Meta-Analytic Comparison of Nine Risk Assessment Tools. *Psychological Bulletin*, n. 136, p. 740-767, 2010.

ZONANA, Howard. Sexual Disorders: New and Expanded Proposals for the DSM-5 – Do we Need Them? *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, n. 39, p. 245-9, 2011.

### Laws and Cases Cited

Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006, Public Law No. 109-248 (2006).

*Barefoot v. Estelle* 463 US 880 (1983).

*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 US 579 (1993).

*James v. United States* 550 US 192 (2007).

*Kansas v. Hendriks* 521 US 346 (1997).

*Kansas v. Crane* 534 US 407 (2002).

*Nenno v. State* 979 S.W.2d 549 (Tex. Crim. App. 1998).

*Schall v. Martin* 467 US 253 (1984).

*Solem v. Helm* 463 US 277 (1983).

*Tarasoff v. Regents of the University of California* 17 Cal. 3d 425, 551 P.2d 334 (1976).

*Taylor v. United States* 495 US 575 (1990).

*Tennessee v. Garner et.al.* 471 US 1 (1985).

*United States v. Comstock* 560 US 128 (2010).

*United States v. Salerno* 481 US 739 (1987).

# O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DISPENSA DA ATUAÇÃO DO EXPERT NA JUSTIÇA DO TRABALHO: UMA ANÁLISE CASUÍSTICA

**Bruno de Pinho Garcia**

Analista Judiciário do  
Tribunal Regional do  
Trabalho da 11.ª Região;  
Graduando em Direito na  
Universidade Federal do  
Amazonas (UFAM).  
bruno.garcia@trt11.jus.br

## The New Code of Civil Procedure and the Waiver of Expert Activity in Labor Courts: A Case-By-Case Analysis

### RESUMO

O presente estudo trata da análise de casos identificados na prática forense trabalhista em que o juiz, norteado pelas balizas da celeridade e economia processuais, de um lado, e da ampla defesa e contraditório, de outro, tem a faculdade ou o dever de dispensar a produção de perícia técnica para resolver a lide instaurada, valendo-se de outros meios para fornecer uma solução justa. Serão verificadas as disposições doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas aplicáveis ao caso, especialmente as previsões dispostas no Código de Processo Civil de 2015, aplicável ao processo do trabalho quando verificada a compatibilidade entre os sistemas normativos e omissão de norma trabalhista a respeito. Por sua magnitude e complexidade, bem como pelas inusitadas situações que podem surgir no futuro, sugere-se o prosseguimento dos estudos sobre o tema.

**Palavras-chave:** Código de Processo Civil de 2015; perícia; jurisprudência.

### Abstract

The present study analyses cases identified in the practice of Labor Law in which the judge, guided by the procedural beacons of speed and economy, on the one hand, and the right to defence and contradiction, on the other, has the right or duty to dispense with the production of technical expert evidence to solve the case, making use of other means to settle on a fair solution. The doctrinal, case-law and legislative provisions applicable to the case will be verified, especially those from the 2015 Civil Procedure Code. Due to its magnitude and complexity,

Recebido: Abril 8, 2016

Aceito: Outubro 10, 2016

as well as the unusual situations that may arise in the future, a continuation of studies on the subject is suggested.

**Keywords:** : Civil Procedure Code of 2015; expertise; case-law.

## INTRODUÇÃO

A perícia realizada no âmbito trabalhista é um importante instrumento para suporte do magistrado a fim de formar sua convicção ao tempo da produção da sentença de mérito, sendo utilizada no momento em que a prova de um fato alegado por uma das partes processuais necessita de maior conhecimento técnico ou mesmo científico sobre o tema.

Dessa forma, o magistrado nomeará um profissional regularmente inscrito no órgão classista competente (como, por exemplo, Conselho Regional de Medicina), o qual produzirá certidão atestando a especialidade no assunto em que o expert é chamado para dar sua opinião<sup>1</sup>.

Percebe-se, no entanto, que o dia a dia das audiências na Justiça Trabalhista fornece a experiência de um sem número de situações singulares, nas quais o juiz tem o dever de decidir se um determinado fato efetivamente necessita da produção de uma perícia, eis que, se de um lado a perícia acarreta uma maior demora na resolução da lide, pois demanda tempo para a produção de prova, manifestação das partes, pedido de esclarecimentos adicionais, eventual atraso na entrega do laudo, entre outras intercorrências, de outro lado, a prova pericial traz maior segurança ao juiz para aferir o real direito das partes, zelando pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da primazia da realidade.

Nesse diapasão, o Código de Processo Civil de 2015, aplicável supletiva e subsidiariamente ao processo trabalhista (artigo 15, do CPC)<sup>2</sup>, lista alguns casos em que a realização de perícia é desnecessária. A despeito das referidas hipóteses, as situações do caso concreto extrapolam a previsão legal supracitada.

<sup>1</sup> LEITE, 2015, p. 671.

<sup>2</sup> Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

**(...) há de fato uma obrigação por parte do juiz de ordenar a realização de perícia técnica, ou o que existe é uma mera faculdade?**

Em especial no âmbito trabalhista, a prova pericial pode ser produzida a requerimento das partes ou pelo magistrado, de ofício. Contudo, há casos em que não se identifica uma faculdade de produção probatória, e sim um dever, a exemplo de quando a petição inicial contém pleitos referentes ao adicional de periculosidade ou insalubridade, sendo obrigação do juiz a ordem para produção de perícia, na forma do artigo 195, § 2º, da CLT<sup>3</sup>.

Surgem, assim, sérias dúvidas de ordem prática: em todas as vezes em que houver pedidos de adicional de insalubridade, periculosidade, indenização por danos morais e materiais decorrentes de doença ocupacional ou outras hipóteses fáticas, há de fato uma obrigação por parte do juiz de ordenar a realização de perícia técnica, ou o que existe é uma mera faculdade? Existe a possibilidade de dispensa da produção de perícia sem que venha a ferir os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório das partes, ainda mais em vista da ampliação de tais institutos com o implemento do novo Código de Processo Civil?

O objetivo do presente trabalho é tentar responder a tais questionamentos, com base no entendimento jurisprudencial, doutrinário e nas eventuais alterações legislativas por que estamos passando no Brasil, tendo em vista a vigência do Novo Código de Processo Civil a partir de 18 de março de 2016.

## **1. A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL: CABIMENTO**

Antes de adentrar na análise da pertinência da prova pericial para a resolução de processos trabalhistas, é importante ressaltar que a doutrina já admitia e a jurisprudência trabalhista já vinha aplicando ao tema as normas processuais civis ainda na vigência do Código de 1973, eis que se entendia que eram compatíveis com os princípios do processo trabalhista.

A previsão do artigo 15, do CPC de 2015, chamado por muitos de “novo CPC”, é no sentido de aplicação subsidiária e supletiva das normas processuais civis às trabalhistas. A aplicação subsidiária se aplicaria quando existisse lacuna ou omissão absoluta do sistema normativo especial, caso em que se recorreria às previsões

<sup>3</sup> SOUZA et al., 2015, p. 118.

do sistema geral (processo civil) para preencher o vazio normativo identificado. A aplicação supletiva visa a complementar uma regra principal do sistema especial (processo do trabalho), atraindo outras normas para suprir tal incompletude, a fim de dar-lhe plena eficácia no caso concreto<sup>4</sup>.

Aproximando tais definições ao escopo de atuação da Justiça do Trabalho, pode-se exemplificar como casos de aplicação subsidiária do CPC: o depoimento das testemunhas incapazes ou mesmo nos casos de tutela provisória, em que a CLT é totalmente omissa a respeito. Já sobre a supletividade das normas processuais civis nas lides trabalhistas, pode-se citar: as hipóteses de cabimento dos embargos à execução, em que a CLT restringe a matéria de defesa às alegações de cumprimento da decisão ou acordo, quitação ou prescrição de dívida, vindo o CPC a ampliar o rol de matérias cabíveis para tal instrumento processual (ampliação essa compatível com o sistema processual trabalhista, conforme entendimento majoritário), bem como os casos de impedimento e suspeição de testemunhas, momento em que o CPC vem complementar as previsões contidas na CLT para o caso<sup>5</sup>.

Uma vez que a CLT contém algumas previsões acerca da temática pericial, contudo, consideradas incompletas em face da quantidade e complexidade dos casos que surgem cotidianamente na seara trabalhista, aplica-se o CPC de maneira supletiva às previsões celetistas sobre o tema.

Segundo o artigo 464, do CPC de 2015, integralmente correspondente à previsão contida no artigo 420, do CPC de 1973, consiste a prova pericial no exame, vistoria ou avaliação<sup>6</sup>.

O exame tem por objeto bens móveis, pessoas, coisas ou semoventes, a exemplo de obras de arte, documentos, livros, exames de DNA, entre outros. A vistoria é utilizada quando o objeto for um bem imóvel. Já a avaliação tem por escopo aferir o valor de um bem, direito ou obrigação<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> MEIRELES, 2015, p. 94.

<sup>5</sup> MEIRELES, 2015, p. 95.

<sup>6</sup> FUX; NEVES, 2015, p. 108.

<sup>7</sup> NEVES, 2015, p. 636.



## A prova pericial pode ser definida como um instrumento para suprimir a carência de conhecimentos técnicos do magistrado na apuração dos fatos sobre os quais litigam as partes.

Há doutrina que aponta outra espécie de perícia, qual seja, o arbitramento, definido como uma estimativa do valor de um serviço ou indenização<sup>8</sup>, contudo outra parte defende ser o arbitramento sinônimo de avaliação<sup>9</sup>. Tal divisão não traz repercussões práticas, sendo a discussão meramente acadêmica.

A prova pericial pode ser definida como um instrumento para suprimir a carência de conhecimentos técnicos do magistrado na apuração dos fatos sobre os quais litigam as partes. Pode, para isso, servir-se do conhecimento especializado de engenheiros, agrimensores, médicos, contadores, químicos, entre outros, a fim de examinar documentos, coisas ou mesmo pessoas envolvidas na lide, formando convicção para julgar uma dada causa<sup>10</sup>.

O perito é um auxiliar do juízo (artigo 149, do CPC)<sup>11</sup> que, mediante compromisso (artigo 827, da CLT)<sup>12</sup>, contribuirá para desvendar a verdade por intermédio de sua cognição técnica (artigo 378, do CPC)<sup>13</sup>. Esse profissional tem de estar legalmente habilitado para o exercício da profissão, bem como inscrito em cadastro mantido pelo tribunal a que o juiz está vinculado (artigo 156, § 1º, do CPC). Sob essas condições, tem o dever de neutralidade e isenção ante as partes litigantes.

Há quem divida a produção da prova pericial em três espécies, podendo ser extrajudicial, simplificada ou formal. Na primeira, como se depreende do nome, é realizada fora e antes do processo. A segunda se dá devido à sua menor complexidade, sendo um mecanismo de informalização do rito da colheita probatória, caso em que o juízo, de ofício ou mediante requerimento, poderá simplesmente inquirir um especialista a respeito de ponto controvertido dos autos, tudo com a participação das partes e assistentes técnicos respectivos. A terceira se caracteriza por um regime mais demorado,

<sup>8</sup> FUX, 2004, p. 730.

<sup>9</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 397.

<sup>10</sup> THEODORO JUNIOR, 2014, p. 687.

<sup>11</sup> Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

<sup>12</sup> Art. 827- O juiz ou presidente poderá arguir os peritos compromissados ou os técnicos, e rubricará, para ser junto ao processo, o laudo que os primeiros tiverem apresentado.

<sup>13</sup> Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

compatível com assuntos de maior complexidade e que demandem maiores informações e esclarecimentos<sup>14</sup>.

Sobre a prova técnica simplificada acima explicitada, constata-se que é uma inovação do CPC de 2015, sendo prevista em seu artigo 464, § 2º e § 3º, utilizada em substituição à perícia propriamente dita, devendo obedecer às variáveis contidas no § 4º do mesmo artigo.<sup>15</sup> O propósito da inovação é substituir a previsão contida no artigo 421, § 2º, do CPC de 1973, que se contenta com a oitiva, pelo juízo, de perito e de assistentes técnicos durante a audiência de instrução e julgamento<sup>16</sup>.

A perícia pode ocorrer: pela percepção técnica, quando o perito declara fatos que somente se percebem devido a fins sentidos técnicos; pela afirmação de juízo técnico, formulando parecer ou opinião; ou mesmo pela combinação das duas atividades retromencionadas, servindo-se tanto da percepção quanto da afirmação de juízo<sup>17</sup>.

São alguns exemplos da utilidade da perícia:

i) a ação de indenização por danos oriundos de doença profissional, em que se fará necessária a atuação de um perito - médico para avaliar incapacidade laboral da vítima e sua extensão; ii) a ação para reparação de danos oriundos do desabamento de um prédio, em que será indispensável a avaliação, por um perito-engenheiro, das razões do desmoronamento; iii) a ação de prestação de contas, em que é essencial o exame, por um perito-contador, dos documentos e demonstrativos financeiros e contábeis da gestão administrativa - do inventariante, tutor, curador, administrador etc; iv) a ação de usucapião, na qual se nomeia um perito para analisar a delimitação e extensão da área usucapienda, há quanto tempo existem aquelas obras e construções etc<sup>18</sup>.

**14** MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 400.

**15** Art. 464. [...]

§ 2º- De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3º- A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

§ 4º- Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.

**16** BUENO, 2015, p. 312.

**17** DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 258.

**18** DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 257.

Na esfera processual trabalhista, a perícia que mais comumente ocorre tem por finalidade a verificação de condições insalubres ou perigosas, conforme regulamentação dada pelas normas técnicas do Ministério do Trabalho e Emprego. Importante mencionar a perícia grafotécnica, quando destinada à verificação de autenticidade de assinaturas e escritos, (art. 478, § 3º, do CPC)<sup>19</sup>. As perícias médicas aumentaram muito desde a promulgação da EC 45/2004 devido ao grande número de pedidos de indenização por danos morais e materiais por acidente de trabalho, sendo algumas delas tão complexas que necessitam da formação de junta médica ou agrupamento de peritos, todavia isso ainda é raro no processo do trabalho (art. 475, do CPC)<sup>20</sup>.

## 2. CIRCUNSTÂNCIAS DE DISPENSA DA PROVA PERICIAL

Em regra, a prova pericial é sempre possível. No entanto, há no Código de Processo Civil de 2015 duas hipóteses com previsões idênticas às do Código de 1973, que eximem o juiz da obrigação de produção de prova pericial: a do artigo 464, § 1º, incisos I, II e III, determinando seu indeferimento (correspondente ao artigo 420 do diploma revogado), bem como a do artigo 472 (correspondente ao artigo 427 do Código pretérito), facultando a sua dispensa<sup>21</sup>. Uma terceira hipótese, não sendo uma cópia literal da regra positivada pelo Código revogado, mas quase idêntica, a não ser por pequenas alterações gramaticais, é a prevista pelo artigo 480, *caput* e § 1º, § 2º e § 3º (referente aos artigos 437, 438 e 439, *caput* e

**19** Art. 478. [...]

§ 3º- Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e da firma, o perito poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas e, na falta destes, poderá requerer ao juiz que a pessoa a quem se atribuir a autoria do documento lance em folha de papel, por cópia ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação.

**20** Art. 475. Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito, e a parte, indicar mais de um assistente técnico.

**21** Art. 464. [...]

§ 1º- O juiz indeferirá a perícia quando: I- a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; II- for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III- a verificação for impraticável.

[...]

Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

parágrafo único, do CPC de 1973), tratando da temática da realização de uma eventual segunda perícia técnica<sup>22</sup>.

No primeiro caso, o Código prevê, em três incisos, hipóteses de indeferimento da perícia. No inciso I, bastará que sejam ouvidas testemunhas e verificação dos documentos carreados aos autos. No inciso II, cabe o indeferimento quando se constatar a inutilidade da diligência, como no casos de confissão, matéria incontroversa ou prova já realizada por outro modo de um dado fato. O inciso III se aplica nos casos em que o objeto a ser periciado se exauriu, não deixando vestígios a serem examinados<sup>23</sup>.

O caso a que se refere o inciso III pode ser exemplificado, na seara trabalhista, quando da necessidade de averiguação de eventuais condições insalubres ou perigosas, ou mesmo que pudessem ter gerado uma doença ocupacional no trabalhador, em uma empresa que encerrara suas atividades, funcionando no local negócio de ramo diferente do anterior, com diferente maquinário, ambiente de trabalho, entre outras condições.

Sobre o assunto, poderia ser considerado injusto extinguir o processo sem julgamento do mérito quando a perícia, por tais motivos, tornar-se impossível, podendo ser aplicado ao caso concreto as máximas da experiência técnica, como autoriza o artigo 375, do CPC, podendo o empregador elidir a presunção relativa criada em favor do reclamante<sup>24</sup>.

O artigo 375, do CPC, refere-se às regras de experiência comum e às de experiência técnica, ressalvando, quanto a esta, o exame pericial como conteúdo das máximas de experiência<sup>25</sup>.

A experiência comum se refere à cultura e conhecimentos comuns e cotidianos que possui o julgador. Já a experiência técnica provém de conhecimentos especializados relativos às diversas áreas da

**22** Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

§ 1º- A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu.

§ 2º- A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira.

§ 3º- A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

**23** THEODORO JUNIOR, 2014, p. 689.

**24** PAULA, 2010, p. 156.

**25** Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

**há diversos casos na Justiça do Trabalho em que as partes requereram a dispensa da perícia, escolhendo utilizar provas emprestadas, como laudos técnicos que serviram como prova em outros processos.**

ciência, às partes ou às profissões, nada obstando que o juiz se valha de livros ou de informes periciais havidos em outros processos quando necessário, em certas hipóteses<sup>26</sup>.

No caso do artigo 472, do CPC, faculta-se ao juiz dispensar a realização da perícia quando as partes apresentarem pareceres técnicos ou documentos sobre as questões de fato discutidas nos autos, sendo tais provas suficientemente elucidativas no entender do magistrado.

Tal regra tem plena aplicação ao processo trabalhista, mesmo nos casos de pedidos de insalubridade e periculosidade, onde, inicialmente, há obrigatoriedade na realização da perícia (artigo 195, § 2º, da CLT).<sup>27</sup>

Somente com a devida e suficiente instrução com documentos e pareceres que fundamentem a ausência da perícia, tanto acompanhando a petição inicial quanto a contestação, é que se poderá dispensar a determinação de exame pericial pelo juiz, caso em que estará respeitado o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, há diversos casos na Justiça do Trabalho em que as partes requereram a dispensa da perícia, escolhendo utilizar provas emprestadas, como laudos técnicos que serviram como prova em outros processos<sup>28</sup>.

Segundo já fora informado, o art. 195, § 2º, da CLT, não admitiria exceções à dispensa da produção de prova pericial. A interpretação literal do preceito legal em comento levaria à conclusão da necessidade de designação de perícia mesmo em casos de novas instalações da empresa, ou até mesmo sobre instalações de empresas concorrentes que atuem no mesmo ramo de atividade da reclamada. Dessa forma, magistrados nomeavam, e ainda hoje nomeiam, peritos apenas para que interpretassem laudos técnicos antigos, documentos de segurança e de medicina do trabalho ou qualquer elemento que possibilitasse a aplicação do artigo 827, da CLT. A jurisprudência, aplicando o critério da razoabilidade, passou a permitir que as partes apresentem cópias de laudos antigos ou utilizem testemunhas

<sup>26</sup> TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 508.

<sup>27</sup> Art. 195. [...]

§ 2º- Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.

<sup>28</sup> TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 619.

## O Tribunal Superior do Trabalho também não explicitou quais seriam esses ditos “outros meios de prova” a serem utilizados pelo magistrado trabalhista (...)

a fim de descrever situações por elas vivenciadas, trazendo o juiz o mais próximo possível da verdade dos fatos<sup>29</sup>.

Corroborando esse entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho editou em 11 de agosto de 2003 a Orientação Jurisprudencial 278, da SbdI- I: “A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova”<sup>30</sup>.

Destaca-se do enunciado jurisprudencial acima que as possibilidades de não realização de perícia não se limitam apenas ao caso de fechamento da empresa, pois, ao utilizar a palavra “como”, abre-se um rol meramente exemplificativo de aplicação ao caso concreto. Podem ser elencados outros exemplos, como a mudança das instalações físicas, reformas estruturais, encerramento do setor produtivo em que o obreiro laborava, lacração por autoridades judiciais, como no caso de falência ou recuperação, ou por autoridades administrativas, por órgãos de inspeção sanitária, trabalhista ou municipal, desligamento das máquinas ruidosas e esvaziamento do estoque do almoxarifado<sup>31</sup>.

O Tribunal Superior do Trabalho também não explicitou quais seriam esses ditos “outros meios de prova” a serem utilizados pelo magistrado trabalhista, caso fosse impossível a realização da perícia técnica.

Há entendimentos de que, com lastro no princípio da livre convicção motivada do juiz, poderiam ser utilizadas provas emprestadas ou testemunhas<sup>32</sup>, conforme já fora analisado nesse trabalho. Caberá ao juiz, lastreado nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como no conjunto probatório dos autos, analisar quando seria adequada tal dispensa.

Essa decisão deve ser tomada consensualmente pelas partes e pelo juiz, quando da realização da audiência de instrução, caso contrário o magistrado deverá analisar com cuidado os argumentos das partes, uma a favor de nova perícia e outra a favor de utilização de

<sup>29</sup> SILVA, 2015a, p. 284.

<sup>30</sup> BRASIL, 2003.

<sup>31</sup> SILVA, 2015, p. 107.

<sup>32</sup> MIESSA; CORREIA, 2015, p. 385.

laudos emprestados, proferindo decisão interlocutória circunstanciada que, sem dúvida, deverá ser evocada quando da prolação da sentença de mérito<sup>33</sup>.

Nesse diapasão, a Resolução nº 35, de 23 de março de 2007, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT, substituída posteriormente pela Resolução nº 66, de 10 de junho de 2010, manteve a redação do artigo 10 nos seguintes termos:

Nas ações contendo pedido de adicional de insalubridade, de periculosidade, de indenização por acidente do trabalho ou qualquer outro atinente à segurança e saúde do trabalhador, o juiz poderá determinar a notificação da empresa reclamada para trazer aos autos cópias dos LTCAT (Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho), PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional) e PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), e de laudo pericial da atividade ou local de trabalho, passível de utilização como prova emprestada, referentes ao período em que o reclamante prestou serviços na empresa<sup>34</sup>.

Como é sabido, as deliberações do CSJT vinculam todos os Tribunais Regionais do Trabalho, de acordo com a previsão do art. 111-A, § 2.º, II, da Constituição Federal de 1988<sup>35</sup>.

Nesse sentido vêm se posicionando alguns Tribunais do Trabalho pelo Brasil, a exemplo do TRT da 1.ª Região (Rio de Janeiro), em que foi editada a Súmula nº 37: “ATIVIDADE NOCIVA. LAUDO PERICIAL. PROVA EMPRESTADA. VALIDADE. É admissível a prova pericial emprestada para fins de caracterização de atividades insalubres ou perigosas”<sup>36</sup>.

No âmbito de jurisdição do TRT da 21.ª Região, situado no estado do Rio Grande do Norte, o Provimento nº 2/2005 disciplina a questão da prova pericial:

**Art. 1.º** Contendo a reclamação trabalhista pedido de adicional de insalubridade, de periculosidade, de indenização por acidente de trabalho ou qualquer outro atinente à segurança e saúde do trabalhador, deve-

<sup>33</sup> SILVA, 2015, p. 107.

<sup>34</sup> BRASIL, 2010a.

<sup>35</sup> Art. 111-A. [...]

§ 2º- Funcionário junto ao Tribunal Superior do Trabalho: (...) inciso II- o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>36</sup> BRASIL, 2016

rá constar da Notificação Inicial a determinação para que a reclamada traga aos autos cópias dos LTCAT, PCMSO, PPRA, referentes ao período contratual em que o reclamante lhe prestou serviços e, querendo, laudo pericial da atividade e/ou local de trabalho, possível de ser utilizado como prova emprestada.

§ 1.º Cumprindo a reclamada a determinação judicial de que trata o caput deste artigo e, não havendo impugnação fundamentada por parte do reclamante, poderá o Juiz dispensar a produção de prova pericial.

§ 2.º Havendo impugnação fundamentada do reclamante, em relação as provas técnico-documentais referidas no caput deste artigo, o Juiz deverá adverti-lo de que sua insistência na produção da perícia judicial poderá ensejar sua eventual condenação no pagamento dos honorários periciais<sup>37</sup>.

### **(...) o juiz pode dispensar a produção de prova pericial quando houver prova suficiente nos autos”.**

Para finalizar a análise do artigo 472, do CPC, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília-DF, foi aprovado, em 23 de novembro de 2007, o Enunciado nº 54, que admite a dispensa de prova pericial, nos seguintes termos: “PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE DE DISPENSA. Aplica-se o art. 427 do Código de Processo Civil no processo do trabalho, de modo que o juiz pode dispensar a produção de prova pericial quando houver prova suficiente nos autos”. Conquanto se refira ao CPC de 1973, apenas deve-se fazer a devida alteração para o número 472, cópia literal do dispositivo correspondente<sup>38</sup>.

A última hipótese expressa no Código processual de 2015 quanto à prescindibilidade de realização de perícia técnica seria a do artigo 480, *caput* e § 1º, § 2º e § 3º. Nele está previsto o dever do julgador de determinar a realização de nova perícia a partir do momento em que o primeiro exame técnico pericial, por si só, não esclarecer a matéria constante dos autos, o que pode ser feito mediante requerimento de qualquer das partes ou mesmo pelo juiz, atuando de ofício. Não se trata de substituição do laudo anterior, mas de uma segunda opinião a respeito do caso, que obedecerá às mesmas disposições e terá idêntico objeto da primeira, servindo ambas para embasar o julgamento do magistrado<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> SILVA, 2015, p. 107.

<sup>38</sup> LEITE, 2015, p. 674.

<sup>39</sup> CÂMARA, 2014, p. 466.



**(...) o cotidiano forense acaba por exigir mais do julgador, tendo esse que ir além do conteúdo codificado a fim de resolver os casos que lhe são submetidos.**

Se o artigo 480 traz um caso de dever do juiz ante a elaboração da prova em análise, a contrário senso, tendo o juízo formado seu convencimento sobre o problema tão somente com base na primeira perícia efetuada, a lei o exime de ordenar uma outra perícia, o que seria mais oneroso e demorado às partes litigantes.

Importante ressaltar que o julgador deve bem fundamentar sua decisão em tais casos, pois, frequentemente, a parte a quem o laudo for desfavorável tenderá a atacar a essência desse, taxando-o como contraditório, omissivo ou parcial, tudo a fim de reverter o quadro processual desfavorável em que se encontra.<sup>40</sup>

Embora as previsões do CPC já analisadas sejam importantes para complementar as previsões normativas da CLT sobre perícias, o cotidiano forense acaba por exigir mais do julgador, tendo esse que ir além do conteúdo codificado a fim de resolver os casos que lhe são submetidos.

Um caso interessante é o do juiz que, devidamente habilitado para o exercício de outras profissões, teria conhecimentos e capacidade técnica suficientes para, independentemente de auxílio de terceiros, julgar matérias estranhas ao âmbito jurídico, como no caso de ser formado em Medicina ou Engenharia. Poderia questionar-se se, nesses casos, seria lícito a esse juiz dispensar a realização de perícia técnica.

Entende-se que não<sup>41</sup>, pois embora eventualmente o magistrado possa deter cultura técnica além da jurídica, não poderá utilizá-la nos autos que estão sob sua análise judicial porque isso equivaleria a uma inaceitável cumulação de funções inconciliáveis. A prova não foi produzida para o juiz, pessoa física, mas para o processo, ou seja, para o Poder Judiciário<sup>42</sup>. Da mesma forma que o juiz não pode ser testemunha no processo submetido a seu julgamento, também não se admite que seja, no mesmo feito, juiz e perito, pois, ao julgar, são invocados dados que só seu conhecimento científico lhe permite aferir, formando sua convicção a partir de elementos que anteriormente não passaram pelo devido contraditório<sup>43</sup> e que nem se-

<sup>40</sup> SILVA, 2015, p. 111.

<sup>41</sup> SCHIAVI, 2015, p. 664.

<sup>42</sup> NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 683.

<sup>43</sup> DONIZETTI, 2014, p. 619.

quer existem no bojo dos autos processuais. Dessa forma, informes técnicos estranhos ao campo jurídico somente podem adentrar no processo por meio de laudo pericial produzido na forma da lei, por perito regularmente nomeado para tal diligência<sup>44</sup>.

Nesse sentido a seguinte decisão:

[...] considerando que a prova inicial demanda conhecimentos especializados de que às vezes não dispõe o julgador, tenho que não é dado a este último o poder de interferir na sua confecção, determinando, no caso da desapropriação, a inclusão ou exclusão de área. A seu juízo, pois, apresenta-se possível desconsiderar tal prova por ocasião do julgamento do pedido, desde que o faça com suficiente fundamentação<sup>45</sup>.

Outro caso interessante de impedimento de dispensa pericial é a revelia, definida como a ausência da reclamada à audiência em que poderia apresentar resposta às pretensões do reclamante (art. 844, da CLT), o que acarreta confissão ficta quanto aos fatos narrados na petição inicial, presumindo-os verdadeiros<sup>46</sup>.

Nesse contexto, pode ser impulsiva ao magistrado a dispensa da realização da perícia em decorrência da confissão ficta aplicada ao reclamado. No entanto, a jurisprudência discorda de tal posicionamento, afirmando ser necessária a produção da prova técnica ao caso:

EMBARGOS – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – CONFISSÃO FICTA. O magistrado não se encontra vinculado aos fatos deduzidos na inicial quando aplicada a pena de confissão, podendo se valer de outras provas constantes dos autos. Nesse sentido e considerando que a norma cogente do art. 195, § 2º, da CLT obriga a designação de perícia técnica para confirmação da periculosidade apontada, conclui-se que o deferimento do adicional de periculosidade não pode estar fundado apenas na pena de confissão, sendo indispensável a prova técnica. Recurso de embargos não conhecido<sup>47</sup>.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. REVELIA E CONFISSÃO. PROVA PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. Constatada possível violação do 195 da CLT, impõe-se o provimento do Agravo de Instrumento para determinar o processamento

<sup>44</sup> THEODORO JUNIOR, 2014, p. 695.

<sup>45</sup> BRASIL, 2007.

<sup>46</sup> SCHIAVI, 2015, p. 601-602.

<sup>47</sup> BRASIL, 2000.

do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. (...) ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. REVELIA E CONFISSÃO. PROVA PERICIAL. IMPRESCINDIBILIDADE. Condenação a adicional de periculosidade em mera decorrência da revelia e confissão da primeira Reclamada e da responsabilidade subsidiária da segunda, independentemente da realização de prova pericial. Ofensa ao art. 195 da CLT, segundo o qual a caracterização e classificação da insalubridade e da periculosidade far-se-ão por meio de perícia. Recurso de Revista conhecido e provido<sup>48</sup>.

Mais um caso de dever do juiz de determinação de prova pericial é quando a petição inicial contém alegações de desenvolvimento de doença ocupacional pelo reclamante em decorrência do labor prestado à reclamada. A diagnóstico clínico da doença, bem como o estabelecimento do respectivo nexos causal, somente podem ocorrer após a realização de perícia técnica apropriada, o que se depreende da seguinte decisão:

REVELIA. DOENÇA OCUPACIONAL. NEXO DE CAUSALIDADE. PERÍCIA. NECESSIDADE. Havendo alegação de doença ocupacional, a revelia da reclamada não dispensa a prova pericial para se estabelecer o nexos de causalidade entre a alegada patologia e a atividade laborativa, a confissão ficta decorrente da revelia somente alcança questões de natureza fática. Nesse sentido, o nexos de causalidade não pode ser presumido pela revelia, sendo imprescindível a prova técnica, motivo pelo qual não merece reproche a decisão de origem que indeferiu o pleito relativo à indenização por danos morais em razão de acidente de trabalho, tendo em vista ser o autor portador de “epilepsia”, doença genética e hereditária, sem nenhum nexos de causalidade com o labor na reclamada<sup>49</sup>.

Há, contudo, outras ocasiões que se verificam através da jurisprudência, em que o magistrado pode dispensar a perícia técnica, sendo uma delas o caso em que a reclamada reconhece em audiência que a atividade que o trabalhador desenvolve é perigosa, merecendo, portanto, o respectivo adicional previsto em lei, a exemplo da seguinte decisão:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. 1. Em que pese o art. 195 da CLT determinar a prova pericial

<sup>48</sup> BRASIL, 2009a.

<sup>49</sup> BRASIL, 2012a.

para caracterização da periculosidade no ambiente de trabalho, em alguns casos, o juiz poderá dispensá-la, especialmente quando outras provas produzidas nos autos atestarem o labor em condições de risco. 2. Caso em que a prova pericial restou dispensada em razão da confissão do preposto da empresa de que o exercício das atividades do reclamante era em condições perigosas, sendo desnecessária a perícia técnica para caracterização da periculosidade. 3. Além disso, seria impraticável a realização da perícia no momento em que se encontra este processo. A reclamação trabalhista fora ajuizada em maio de 2003 e certamente as condições de trabalho na empresa não são mais as mesmas daquelas presentes a época da prestação de serviço pelo reclamante, o que torna inviável a realização da prova técnica em questão. Recurso de embargos conhecido e não provido<sup>50</sup>.

Além dessa hipótese, existe ainda a possibilidade de a empresa pagar ao empregado adicional de periculosidade por liberalidade ou chamado “desencargo de consciência”, sem, no entanto, aferir se o ambiente de trabalho justifica tal pagamento.

O entendimento é ratificado pela Súmula nº 453, do Colendo TST:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO. CARACTERIZAÇÃO DE FATO INCONTROVERSO. DESNECESSÁRIA A PERÍCIA DE QUE TRATA O ART. 195 DA CLT. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 406 da SBDI-1) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. O pagamento de adicional de periculosidade efetuado por mera liberalidade da empresa, ainda que de forma proporcional ao tempo de exposição ao risco ou em percentual inferior ao máximo legalmente previsto, dispensa a realização da prova técnica exigida pelo art. 195 da CLT, pois torna incontroversa a existência do trabalho em condições perigosas<sup>51</sup>.

A doutrina criticava tal posicionamento do TST ainda ao tempo em que estava positivado como Orientação Jurisprudencial, afirmando que o empregador pode realizar o pagamento do adicional de periculosidade por mera liberalidade, mas tal atitude não leva à presunção de que o adicional é devido, já que a empresa pode fazê-lo por erro ou para afastar questionamentos. A prática correta seria fazer perícia, por força do parágrafo 2º do artigo 195 da CLT, pois o

<sup>50</sup> BRASIL, 2011a.

<sup>51</sup> BRASIL, 2014.

dispositivo legal usa o verbo designar no imperativo, havendo assim a necessidade de ser realizada perícia para constatar se o local de trabalho é realmente perigoso<sup>52</sup>. Não obstante a crítica doutrinária, o entendimento do TST se mantém na forma sumulada.

Hipótese diferente de desnecessidade de prova pericial seria a existência de norma coletiva que obrigue o empregador ao pagamento do adicional de periculosidade ou insalubridade aos seus empregados, bastando a prova de que o trabalhador efetivamente exercia a atividade a que a norma coletiva fazia previsão, sendo devido a ele, por consequência, o pagamento do adicional respectivo, como exemplifica o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. 1. Desnecessária a verificação da periculosidade mediante perícia, nos termos do artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando constatada a existência de norma coletiva a impor o pagamento do adicional respectivo a todos os empregados exercentes da função desempenhada pelo reclamante (Assistente Controlador de Movimento). Hipótese em que irrefutável o reconhecimento, pela reclamada, do labor em condições de risco. 2. O argumento recursal no sentido de existir controvérsia na interpretação de cláusula inserta na norma coletiva somente se viabiliza se veiculado com fulcro no artigo 896, alínea b, da Consolidação das Leis do Trabalho. No caso em comento, a reclamada nem sequer colacionou arestos, razão pela qual resulta inviável o processamento do apelo. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento<sup>53</sup>.

A doutrina se posiciona sobre o assunto, afirmando que à exceção da elevação da base de cálculo ou da ampliação do adicional, as normas coletivas não deveriam adentrar na discussão sobre o conceito de insalubridade, reservando essa temática para regulamentação pelas normas emanadas dos Órgãos ministeriais. Em algumas ocasiões, são encontradas convenções coletivas que se dispõem a regulamentar a matéria, fixando o adicional de insalubridade em um dado setor ou atividade. A título de exemplo, normas coletivas dos coletores de lixo de muitas cidades do Brasil frequentemente preveem cláusula reforçando o grau máximo para o coletor e para

<sup>52</sup> MARTINS, 2012, p. 217.

<sup>53</sup> BRASIL, 2012b.

**Dispensa-se a realização de perícia técnica no momento em que se constata no caso concreto, eminentemente no decorrer da instrução processual e colheita de provas orais, que a função que o trabalhador desempenha está enquadrada como atividade perigosa (...)**

o limpador de bueiros e galerias, mas, paralelamente a isso, fixam grau médio para os varredores de ruas e praças, algo que estava nebuloso ou omissivo na Norma Regulamentadora nº 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, em seu Anexo 14<sup>54</sup>.

Nesse interim, a situação dos trabalhadores que lidam com lixo urbano merece análise, eis que, conforme Portaria nº 12/1999, do Ministério do Trabalho e Emprego, o adicional de insalubridade deve ser pago a esses empregados em grau máximo, sendo desnecessária perícia a fim de aferir eventual direito do trabalhador e em que grau, conforme o julgado a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DISPENSA DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. ATIVIDADE INSALUBRE INCONTROVERSA NOS AUTOS. LIXO URBANO. ADICIONAL FIXO. Com efeito, segundo a Portaria nº 12/1999, do Ministério do Trabalho e do Emprego, o trabalho com lixo urbano gera o direito ao pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo. Desta maneira, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, quando o magistrado de Primeiro Grau dispensa a produção de prova pericial, haja vista ter restado incontroverso nos autos o fato de que a reclamante laborava nesta específica atividade insalubre. Recurso ordinário improvido<sup>55</sup>.

Dispensa-se a realização de perícia técnica no momento em que se constata no caso concreto, eminentemente no decorrer da instrução processual e colheita de provas orais, que a função que o trabalhador desempenha está enquadrada como atividade perigosa pelas Normas Regulamentadoras emanadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. Um exemplo de julgado nesse sentido é o seguinte:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - PERÍCIA TÉCNICA - DISPENSA. O artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe sobre a necessidade de perícia técnica para a caracterização e classificação da periculosidade e da insalubridade, de forma que, em regra, não é permitido ao juiz dispensar a prova técnica. Entretanto, tratando-se de hipótese em que a periculosidade decorre naturalmente da atividade exercida, entendendo que, ante a desnecessidade de realização de qualquer medição ou constatação, é dispensável a prova pericial para o reconhecimento do direito ao

<sup>54</sup> SILVA, 2015, p. 108.

<sup>55</sup> BRASIL, 2009b.

adicional respectivo. Na situação dos autos, conforme ressaltado pela Turma, a prova oral foi suficiente para que se concluísse pelo enquadramento jurídico das atividades exercidas pelo reclamante em uma das hipóteses previstas na NR 16 do Ministério do Trabalho. Dessa forma, não há que se falar em nulidade da decisão que deferiu o pagamento de adicional de periculosidade sem a realização de perícia técnica. Recurso de embargos conhecido e desprovido<sup>56</sup>.

A doutrina aponta casos que independem da efetiva prova pericial técnica para que o trabalhador faça jus ao direito do respectivo adicional de periculosidade, como o previsto no art. 6º, III, da Lei 11.901/2009, aplicado ao bombeiro civil; o frentista que trabalha diretamente com a bomba de gasolina (Súmula nº 39 do TST c/c Súmula nº 212 do STF – periculosidade presumida); operador de raios X (Portaria nº 3.393/87 c/c art. 16 da Lei nº 7.394/85 – insalubridade ou periculosidade – 40%); aqueles cujo Órgão do Ministério do Trabalho e Previdência Social, através de laudo confeccionado extrajudicialmente, por perito habilitado, tenha constatado a existência de insalubridade ou periculosidade; segurança ou vigilante que trabalha tentando evitar roubos ou com outras espécies de violência física – inciso III, art. 193, da CLT<sup>57</sup>.

A doutrina comenta que a situação dos trabalhadores frentistas dispensa a realização de perícia técnica dada a clarividência do direito que lhes assiste, sendo um atentado ao direito fundamental do obreiro a uma tutela jurisdicional célere e sem procedimentos protelatórios e desnecessários à resolução da lide, além de tornar mais oneroso o custo do processo desnecessariamente<sup>58</sup>.

O artigo 193, § 4º, da CLT, estendeu o adicional de periculosidade aos trabalhadores motociclistas, sendo desnecessária a produção de prova pericial para que lhes seja concedido o direito ao adicional devido, bastando que se ateste que o empregado exerceu a função prevista em lei, o que pode ser verificado pela oitiva de testemunhas, sendo essa uma questão eminentemente jurídica e não técnica<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> BRASIL, 2011b.

<sup>57</sup> CASSAR, 2014, p. 837.

<sup>58</sup> CESÁRIO, 2016, p. 721.

<sup>59</sup> SILVA, 2015, p. 104.

**(...) a partir da apresentação dos casos concretos pode-se verificar que há liberdade por parte do magistrado para que dispense tal ordem (...)**

A Orientação Jurisprudencial nº 385, da SbDI-1 do TST, informa o caso do trabalhador que faz jus ao adicional de periculosidade, independentemente de perícia, pelo simples fato de exercer seu labor no mesmo edifício em que é feito armazenamento de líquidos inflamáveis:

É devido o pagamento do adicional de periculosidade ao empregado que desenvolve suas atividades em edifício (construção vertical), seja em pavimento igual ou distinto daquele onde estão instalados tanques para armazenamento de líquido inflamável, em quantidade acima do limite legal, considerando-se como área de risco toda a área interna da construção vertical<sup>60</sup>.

Quanto ao documento denominado Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, emitido pelo empregador para atestar, diante do Órgão Previdenciário, o trabalho insalubre ou perigoso, segundo as normas do próprio Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, pode ou não fazer prova do trabalho insalubre ou perigoso, sob a condição de que o agente nocivo descrito no referido documento seja idêntico, inclusive quanto ao grau, àquele previsto nas Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego<sup>61</sup>.

## CONCLUSÃO

Muito embora não se pretenda esgotar todas as possibilidades em que o juiz possa dispensar a determinação de realização de prova pericial, a partir da apresentação dos casos concretos pode-se verificar que há liberdade por parte do magistrado para que dispense tal ordem, em detrimento da norma prevista no artigo 195, § 2º, da CLT, que prevê uma obrigação nesse sentido.

Ainda assim, alguns juristas flexibilizam a norma, socorrendo-se de outros elementos existentes no processo de forma a fornecer ao jurisdicionado uma solução justa e efetiva, sempre respaldado pela lei e pelos princípios norteadores da ciência jurídica, como os da ampla defesa e do contraditório, esculpidos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> BRASIL, 2010b.

<sup>61</sup> CASSAR, 2014, p. 837.

<sup>62</sup> Art. 5º. [...]

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



Oportuno ressaltar que, ao dispensar a produção de prova pericial com base na existência de outras provas capazes de substituí-la, o julgador dá aplicabilidade à crescente necessidade de celeridade e economia processuais, igualmente garantidas pela Carta Magna no artigo 5º, inciso LXXVIII<sup>63</sup>.

Deve-se atentar para o primado da segurança jurídica das decisões judiciais, sempre prevenindo eventuais nulidades declaradas em sede recursal, bem como a perda dos atos processuais praticados nos autos que tenham por fundamento a prova desconstituída.

Baseadas no princípio da cooperação processual, as partes litigantes devem estar alertas na tarefa de auxiliar o juiz a identificar situações em que se torna desnecessária a produção da prova pericial. Assegurado na concordância do autor e do réu, o juiz tem o devido respaldo para decidir não realizar a perícia, investigando outros elementos constantes nos autos hábeis a formar o convencimento sobre a forma mais adequada e justa de resolver o conflito instaurado e levado à sua apreciação.

É fundamental prosseguir refletindo acerca dessa temática, no intuito de identificar novos casos em que a constituição de perícia técnica seja prescindível, sem que haja prejuízo às partes que compõem a lide ou ocorra o desrespeito aos princípios norteadores do processo trabalhista.

---

**63** Art. 5º [...]

LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Resolução nº 66, de 10 de junho de 2010*. Regulamenta, no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau, a responsabilidade pelo pagamento e antecipação de honorários do perito, do tradutor e do intérprete, no caso de concessão à parte do benefício de justiça gratuita, 2010a. Disponível em: <[http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/7231/\\_%E2%98%852010\\_res0066\\_csjt\\_rep01.pdf?sequence=4](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/7231/_%E2%98%852010_res0066_csjt_rep01.pdf?sequence=4)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Súmula nº 37*. Disponível em: <[http://www.trt1.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=509a36bf-8485-4df7-ba29-bc0082b12313&groupId=10157](http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=509a36bf-8485-4df7-ba29-bc0082b12313&groupId=10157)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. *Recurso Ordinário nº 12080.2009.003.19.00-8*. José Hugo Amaral da Cruz, Construtora Oliveira e Lacerda Ltda. e Rede de Supermercados Todo Dia/Bompreço. Relator: Sérgio Roberto De M. Queiroz, Data de Publicação: 23 ago. 2012a. Disponível em: <<http://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22147509/recurso-ordinario-ro-12080200900319008-al-1208020090031900-8-trt-19/inteiro-teor-22147510>>. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. *Recurso Ordinário nº 00390.2009.058.19.00-8*, LIMPEL – Limpeza Urbana Ltda. e Maria Rogéria dos Santos Lima. Relator: José Abílio Neves Sousa, Data de Publicação: 3 dez. 2009b. Disponível em: <<http://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9071344/recurso-ordinario-record-390200905819008-al-0039020090581900-8/inteiro-teor-14242175>>. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 3ª Turma. *Agravo de Instrumento n.º 2007.01.00.018886-8/MT*. Relator: Cândido Ribeiro, Data de publicação: 9 nov. 2007. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1070185/agravo-de-instrumento-ag-18886-mt-20070100018886-8/inteiro-teor-100629557>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 124200-87.2009.5.19.0009*, Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU e Jânio José Bertulino dos Santos. Relator: Lelio

Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 21 ago. 2012b. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22186923/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-1242008720095190009-124200-8720095190009-tst/inteiro-teor-110569201>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 8.<sup>a</sup> Turma. *Recurso de Revista nº 212040-14.2001.5.01.0011*. Telemar Norte Leste S/A e Gilberto Márcio Batista Pereira e NGN Soluções e Serviços Ltda. Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 26 ago. 2009a. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5387860/recurso-de-revista-rr-2120401420015010011-212040-1420015010011/inteiro-teor-11709985>>. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. *Embargos em Recurso de Revista nº 354.556/97.2*. Domivaldo Cabral Marques e Banco Real S/A. Relator: Vantuil Abdala. DJU 24 nov. 2000. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1259734/embargo-em-recurso-de-revista-e-rr-3545565119975015555-354556-5119975015555/inteiro-teor-10501839>>. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. *Embargos em Recurso de Revista nº 83800-50.2003.5.08.0008*. Centrais Elétricas do Pará S.A. – CELPA e José Maria Pinto de Araújo. Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 18 ago. 2011. Data de Publicação: DEJT 26 ago. 2011a. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20298898/embargos-declaratorios-recurso-de-revista-e-ed-rr-838005020035080008-83800-5020035080008/inteiro-teor-104901398>>. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. *Embargos em Recurso de Revista nº 5700-37.2002.5.09.0025*, Expresso Maringá Ltda. e Joaquim de Oliveira Rocha. Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 6 out. 2011b. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20597275/embargo-em-recurso-de-revista-e-rr-57003720025090025-5700-3720025090025>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n.º 278, da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais*, 2003. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_261.htm#TEMA278](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_261.htm#TEMA278)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n.º 385, da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais*, 2010b. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_381.html#TEMA385](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA385)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 453*. Res. n.º 194/2014. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_451\\_600.html#SUM-453](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_451_600.html#SUM-453)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

CESÁRIO, João Humberto. O novo CPC e a prova pericial no processo do trabalho. In: MIESSA, Élisson (Coord.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. II.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comparado – Lei 13.105/2015*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários às orientações jurisprudenciais da SBDI 1 e 2 do TST*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estevão (Coords). *Coleção repercussões do novo CPC – processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: processo do trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a. v. 9.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015b. v. 3.

SOUZA, Rodrigo Trindade de; AMARAL, Márcio Lima do; SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos; SEVERO, Valdete Souto. *CLT comentada pelos Juízes do Trabalho da 4ª Região*. São Paulo: LTr, 2015.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. I.

# PECULIARIDADES DA ARGUMENTAÇÃO SOBRE FATOS NO CAMPO DO DIREITO<sup>1</sup>

**Fábio Perin Shecaira**

Professor Adjunto,  
Programa de Pós-Graduação  
em Direito da UFRJ.  
fabioperin@direito.ufrj.br

**Noel Struchiner**

Professor Associado,  
Departamento de Direito  
da Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro.  
noel@puc-rio.br

**Autores convidados.**

## Distinctive Features of Factual Reasoning in Law

### RESUMO

A argumentação jurídica é frequentemente caracterizada como uma espécie particularmente formal, engessada ou “institucional” de argumentação. Autores que concordam com essa caracterização da argumentação jurídica costumam ter em mente argumentos jurídicos práticos, como o silogismo jurídico, as analogias jurídicas, os argumentos baseados em precedentes judiciais etc. O principal objetivo deste artigo é mostrar que a mesma ideia é aplicável à argumentação sobre fatos: argumentos sobre fatos também costumam ser particularmente institucionais quando formulados dentro do processo legal. Para mostrar que esse é o caso, contrastamos o uso de “inferências à melhor explicação” no contexto legal com o emprego científico dessa forma importante de inferência

**Palavras-chave:** Argumentação jurídica; argumentação sobre fatos; inferência à melhor explicação.

### Abstract

Legal reasoning is often characterized as a particularly formal, constrained or “institutional” type of reasoning. Authors who agree with this characterization of legal reasoning are usually concerned with practical arguments, such as the legal syllogism, legal analogies, precedent-based reasoning, and so on. The main goal

<sup>1</sup> Este artigo reproduz diversos trechos dos Capítulos 2, 6 e 7 de Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner, *Teoria da Argumentação Jurídica*. PUC-RJ e Contraponto (no prelo). A nossa pesquisa contou com o apoio do CNPq e da FAPERJ. Agradecemos os comentários da Profa. Rachel Herdy em relação a uma versão preliminar do artigo.

of this paper is to show that the same general idea applies to arguments about facts: they tend to be particularly institutional when formulated within the legal process. To establish this claim, we contrast the use of “inferences to the best explanation” in the legal context with the way in which this important form of inference is used in scientific inquiry.

**Keywords:** Legal Reasoning; Factual Reasoning; Inference to the Best Explanation.

## 1. ARGUMENTAÇÃO TEÓRICA E ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA

É possível distinguir argumentos teóricos de argumentos práticos. A distinção diz respeito ao tipo de conclusão que cada argumento pretende estabelecer. Argumentos teóricos procuram estabelecer conclusões teóricas, isto é, conclusões sobre como as coisas são, foram ou serão. Por exemplo:

- A.  
Obama é americano.  
Logo,  
Obama *gosta* de hambúrguer.
- B.  
Obama é havaiano.  
Logo,  
Obama *nasceu* nos Estados Unidos.
- C.  
Obama foi presidente.  
Logo,  
Obama *será estudado* pelas gerações futuras.

A, B e C são argumentos teóricos porque pretendem estabelecer conclusões sobre como as coisas são (A), foram (B) ou serão (C). São conclusões sobre fatos (presentes, passados e futuros). Conclusões teóricas também podem ser ditas “conclusões descritivas” ou “conclusões fatuais”.

Argumentos práticos, por outro lado, são aqueles que procuram estabelecer conclusões práticas, isto é, conclusões sobre como as coisas devem ser, deveriam ter sido ou deverão ser. Exemplos:

**O famoso “silogismo jurídico” é um tipo de argumento prático, pois ele também pretende estabelecer uma conclusão sobre como as coisas devem ser.**

D.

Obama é americano.

Logo,

Obama *deve* ter orgulho do seu país.

E.

Obama é havaiano.

Logo,

Obama *deveria ter* atuado mais na política havaiana antes de se tornar presidente.

F.

Obama foi presidente.

Logo,

Obama *deverá ser* tratado com respeito quando se afastar da política.

D, E e F são todos argumentos práticos. Eles procuram estabelecer conclusões sobre como as coisas devem ser (hoje, ontem ou amanhã). Conclusões práticas também podem ser ditas “conclusões normativas” ou “conclusões prescritivas”.

O famoso “silogismo jurídico” é um tipo de argumento prático, pois ele também pretende estabelecer uma conclusão sobre como as coisas devem ser. Por exemplo:

G.

Quem dirige sob a influência do álcool deve perder o direito de dirigir. (Premissa maior)

João dirigiu sob a influência do álcool. (Premissa menor)

Logo,

João *deve* perder o direito de dirigir.

É preciso fazer uma ressalva um pouco técnica a respeito da noção de argumento prático. O argumento prático é definido aqui em função da natureza da sua conclusão. Diante disso, alguém poderia fazer a objeção de que um argumento que tenha uma conclusão normativa também precisa ter ao menos uma premissa normativa (como no caso do silogismo jurídico, que tem uma afirmação normativa como premissa maior). É logicamente proibido, segundo essa objeção, partir de premissas puramente descritivas para uma conclusão



normativa. É logicamente proibido partir do “ser” para o “dever-ser”. Alguns emprestam de G.E. Moore o termo “falácia naturalística” (que o próprio Moore usava em outro sentido) e usam-no para criticar argumentos que vão do “ser” para o “dever-ser”. Como a nossa definição de argumento prático exige apenas *conclusões* práticas, inevitavelmente incluímos na categoria de argumentos práticos uma série de supostas falácias naturalísticas – por exemplo, E: “Obama é havaiano. Logo, Obama deveria ter atuado mais na política havaiana antes de se tornar presidente.”

Argumentos como esse são usados rotineiramente e soam razoáveis. Uma maneira tentadora de evitar a caracterização do argumento como falacioso é atribuir-lhe uma premissa normativa implícita (ou “entimemática”, para usar um termo técnico). Por exemplo: “Todo havaiano que tenha pretensões políticas deve dedicar-se primeiro à política havaiana.” Mas essa é uma proposta problemática; é possível que o autor do argumento original duvide de uma generalização tão ampla. O que dizer, por exemplo, daqueles havaianos que saíram do estado ainda jovens e não formaram vínculos fortes com a população e a cultura local? Há que se tomar cuidado no momento de atribuir afirmações genéricas a autores de argumentos que não as formularam explicitamente. Hoje existe uma literatura ampla sobre a possibilidade de argumentos práticos baseados em premissas fatuais<sup>2</sup>. O termo “falácia naturalística”, usado sem maiores explicações, não passa de uma arma retórica que só deve assustar os desavisados.

## 2. ARGUMENTAÇÃO INSTITUCIONAL E ARGUMENTAÇÃO SUBSTANTIVA

É possível distinguir dois tipos de argumentação prática: argumentação prática *substantiva* e argumentação prática *institucional*<sup>3</sup>. Como formas de argumentação prática, as duas procuram fundamentar conclusões sobre o que deve ser. Mas cada uma busca esse objetivo à sua maneira. A argumentação substantiva e a argumentação institucional visam estabelecer suas conclusões práticas por meio de razões de tipos diferentes.

<sup>2</sup> Um autor que ajudou a estimular essa discussão é WELLMAN, 1971.

<sup>3</sup> A distinção é feita nesses termos por MACCORMICK, 1993.

**Quem argumenta institucionalmente não defende aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão.**

A argumentação substantiva apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social etc. A maioria das pessoas que se envolve com a argumentação prática argumenta de maneira substantiva (o cientista político, o filósofo moral, o jornalista, o indivíduo que escreve uma carta para os editores do jornal, o motorista de táxi, o amigo que bebe conosco uma cerveja no bar, e assim por diante). Se algo lhes incomoda – o fato de que um político corrupto não foi preso, por exemplo – eles o criticam por ser injusto, um sinal do nosso atraso político, ou algo do tipo. Se algo lhes agrada – a condenação do político corrupto, por exemplo – eles comemoram dizendo que a impunidade é um grande mal social, que o político lesou os cofres públicos e assim por diante.

A argumentação institucional, por outro lado, não apela livremente a considerações morais, políticas ou econômicas. Ela é mais burocrática, engessada e (segundo alguns) artificial. Quem argumenta institucionalmente não defende aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão. Quem argumenta institucionalmente costuma ocupar uma posição social que exige um certo respeito em relação a regras e procedimentos previamente estabelecidos. Pense, por exemplo, no juiz de futebol. Antes de saber se a marcação de um pênalti em uma partida importante poderá gerar uma briga violenta entre torcidas ou decepcionar uma multidão de torcedores (ambos resultados ruins do ponto de vista substantivo), ele quer saber se a conduta do jogador que provocou o suposto pênalti viola ou não alguma *regra do jogo*. E, mesmo que o juiz tome uma decisão com base em considerações relativas ao bem-estar da torcida, ele dificilmente admitirá publicamente que essas considerações foram determinantes. A posição de juiz exige que suas decisões sejam justificadas institucionalmente.

O juiz de direito é outro exemplo de indivíduo cuja posição social exige respeito em relação a regras e procedimentos previamente estabelecidos (na lei, na jurisprudência e em outras “fontes” eventualmente reconhecidas pelo sistema jurídico em questão). Advogados, defensores e promotores, por trabalharem rotineiramente com o objetivo de convencer juízes, acabam falando a mesma língua. Até os juristas acadêmicos (pelo menos aqueles que se dedicam à dita “dogmática jurídica”) seguem essa tendência. Para os profissionais do direito de maneira geral, o mais importante é saber se há provas

e outras considerações tecnicamente admissíveis que incriminem o político corrupto. O profissional do direito tende a criticar os aspectos técnico-jurídicos de decisões como a do Supremo Tribunal Federal no caso do “Mensalão” ao mesmo tempo em que torce, enquanto cidadão, para que os mensaleiros sejam condenados. A cisão entre as perspectivas do cidadão e do profissional corresponde à cisão entre as maneiras substantiva e institucional de se argumentar. Em outro artigo, nós dedicamos mais tempo à defesa da tese de que é predominantemente institucional a argumentação prática realizada por profissionais do direito e juristas dogmáticos<sup>4</sup>. Remetemos o leitor àquele artigo e procedemos aqui com base na suposição de que esse realmente é o caso.

### 3. ARGUMENTAÇÃO TEÓRICA NO DIREITO

A distinção entre argumentação institucional e argumentação substantiva é, a princípio, uma distinção entre tipos de argumentação prática. Aliás, a teoria da argumentação jurídica tradicionalmente dá mais ênfase à argumentação prática do que à argumentação teórica. Noutras palavras, a teoria da argumentação jurídica tradicionalmente dá atenção especial ao silogismo jurídico e aos argumentos que podem servir para justificar a premissa maior. Aqui dedicamos mais espaço à premissa menor e ao tipo de argumento que pode servir para justificá-la.

Um dos objetivos deste artigo é mostrar que uma distinção análoga à distinção de MacCormick pode ser feita no que diz respeito à argumentação teórica. Fora do ambiente burocrático e institucionalizado do direito, as pessoas recorrem com mais liberdade às considerações e evidências que parecem ser relevantes para a fundamentação de suas conclusões sobre fatos. No direito, por outro lado, a argumentação sobre fatos é regulada por regras e procedimentos previamente estabelecidos. Advogados e juízes nem sempre vão direto aos fatos e evidências que mais interessam (do ponto de vista dos leigos, pelo menos). Eles às vezes ignoram ou minimizam a importância de documentos, testemunhos e outros meios de prova que parecem ter relevância imediata para o processo legal. Por essa e por outras razões, partes altamente suspeitas às vezes prevalecem no processo – não por terem bons argumentos

<sup>4</sup> STRUCHINER; SHECAIRA, 2012.

para dar em sua defesa, mas porque a outra parte é incapaz de provar rigorosamente as suas alegações. O que é que explica esses fatos curiosos?

Para começar, é importante fazer algumas observações a respeito da argumentação teórica em geral. Um tipo de argumento indutivo particularmente comum no raciocínio teórico é aquele que filósofos costumam chamar de “abdução” ou “inferência à melhor explicação” (abreviada aqui como IME)<sup>5</sup>. A IME tem a seguinte estrutura:

Esquema geral da IME.

1. F é um conjunto de fatos (que precisa ser explicado).
2. A hipótese H explica F.
3. Nenhuma outra hipótese explica F tão bem quanto H.  
Logo,
4. H é verdadeira.

**Consistência interna, coerência com teorias estabelecidas, abrangência, profundidade e simplicidade são exemplos de virtudes em termos das quais se costuma aferir a qualidade de uma explicação.**

São controversos entre os estudiosos da IME os critérios precisos que servem para determinar se uma hipótese “explica melhor” do que outras hipóteses um dado conjunto de fatos. Consistência interna, coerência com teorias estabelecidas, abrangência, profundidade e simplicidade são exemplos de virtudes em termos das quais se costuma aferir a qualidade de uma explicação. A definição de cada uma dessas virtudes e a sua importância relativa são temas que dividem filósofos contemporâneos<sup>6</sup>. Mas isso não vem ao caso. O que importa para os nossos propósitos é que inúmeras conclusões sobre fatos, tanto na vida cotidiana quanto na academia, baseiam-se em argumentos que se encaixam no esquema geral.

Um homem chega à conclusão de que chove lá fora porque essa é a hipótese que melhor explica o barulho de chuva que se ouve de dentro da casa, assim como o fato de que sua esposa acaba de entrar em casa com a roupa molhada. Eu chego à conclusão de que há um rato no meu apartamento porque essa é hipótese que melhor explica o sumiço repentino do meu queijo e o fato de que ouvi um barulho incomum vindo da dispensa no dia anterior. Afinal, o meu

<sup>5</sup> A palavra “indutivo” é usada aqui em sentido amplo: tratamos como indutivo todo argumento que não é dedutivo.

<sup>6</sup> Uma boa introdução ao assunto encontra-se em SINNOTT-ARMSTRONG; FOGELIN, 2010, p. 257-263. Uma discussão mais avançada encontra-se em MACKONIS, 2013.

apartamento não é frequentado pelo tipo de pessoa que furtaria um queijo e deixaria migalhas só para dar a impressão de que um rato é o verdadeiro culpado. Para dar um exemplo de IME mais complexa, um biólogo chega à conclusão de que as espécies evoluíram a partir de ancestrais comuns porque essa é a hipótese que melhor explica a distribuição das espécies pelos continentes, entre outros fatos: “Por exemplo, há semelhanças anatômicas entre as pernas dos cavalos e das zebras. Como explicá-las se Deus os criou separadamente? Presumivelmente, ele poderia tê-los criado tão diferentes quanto quisesse. Mas se cavalos e zebras têm um ancestral comum, isso fornece uma explicação óbvia para sua semelhança anatômica”<sup>7</sup>.

Considere agora um exemplo de IME que se aproxima mais do terreno jurídico. Imagine que tenha ocorrido uma morte na mansão da família Chaves. O Sr. Chaves foi assassinado e há pelo menos três hipóteses que competem para explicar os fatos que giram em torno da sua morte. Talvez o mordomo seja o culpado, talvez a filha única do Sr. Chaves, talvez algum ladrão. Os fatos sabidos são os seguintes: (i) há muitos furtos e assaltos na região; (ii) nada de muito valor foi levado da mansão e não há sinais de arrombamento; (iii) a filha do Sr. Chaves não tinha uma boa relação com o pai, que ameaçava excluí-la de seu testamento; (iv) a Sra. Chaves, que estava fora do país na época do crime, jura que a filha amava o pai apesar das desavenças; (v) o mordomo tem antecedentes criminais; (vi) havia no local do crime uma luva masculina ensanguentada; (vii) o mordomo confessou o crime, diante de um policial agressivo e sem a presença do seu advogado.

A hipótese de que algum ladrão tenha matado o Sr. Chaves se harmoniza com o fato (i) e não entra em conflito com os fatos (iii) - (vii). A hipótese tem pouca credibilidade, no entanto, porque ela se choca flagrantemente com o fato (ii). Sobram como suspeitos o mordomo e a filha do patrão. O fato (iii) indica que a filha teria motivo para matar o Sr. Chaves, mas o fato (iv), por outro lado, indica que isso não aconteceu. Finalmente, a hipótese de que o mordomo é o assassino não entra em conflito com nenhum dos sete fatos e se harmoniza particularmente com os fatos (v) - (vii). Nenhuma hipótese explica os fatos tão bem quanto essa. Ela é, provavelmente,

<sup>7</sup> OKASHA, 2002, p. 31 (tradução livre).

a hipótese verdadeira. Digo “provavelmente” porque a IME é um argumento de tipo indutivo, não dedutivo. Pode ser que ignoremos algum fato relevante. Talvez a Sra. Chaves costume mentir, ou seja incapaz de denunciar a própria filha. Talvez o mordomo seja facilmente intimidado por policiais truculentos. O que podemos dizer é que, diante dos fatos que estão à nossa disposição, o mais provável é que o mordomo seja o autor do crime.

É assim que a maioria de nós pensaria. É assim que um detetive como Sherlock Holmes pensaria. Ele consideraria cada fato e sua contribuição, positiva ou negativa, em relação a cada hipótese. No entanto, essa maneira comum de raciocinar dificilmente seria reproduzida em um tribunal moderno. Um promotor que buscasse a condenação do mordomo teria que respeitar regras e procedimentos que nós e Holmes simplesmente ignoramos. Uma confissão extraída sumariamente por um policial agressivo pode ser considerada ilícita por um tribunal. Antecedentes criminais muitas vezes são rejeitados como indícios possíveis do cometimento de um novo crime. O testemunho favorável de parentes do réu é frequentemente considerado inadmissível. Enfim, o promotor teria de omitir uma série de provas consideradas perfeitamente relevantes fora do contexto jurídico-processual.

Como o exemplo da morte do Sr. Chaves ajuda a mostrar, o direito molda a argumentação teórica por meio de diferentes mecanismos. Mencionaremos três desses mecanismos: exclusões, ônus e “standards” de prova. A exclusão acontece quando um meio de prova (documento, confissão, testemunho etc.) tem o seu valor probatório inteiramente excluído, ou pelo menos limitado, no contexto de um processo legal. A confissão do mordomo pode parecer extremamente relevante, mas sistemas jurídicos modernos, preocupados com os abusos frequentes das autoridades policiais, preferem impedir o uso desse tipo de recurso. Aliás, cada uma das exclusões que o exemplo do mordomo ilustra é comum em sistemas jurídicos modernos. O que as exclusões fazem, essencialmente, é limitar o rol de fatos que pode ocupar o lugar de F no esquema geral da IME. Isso dificilmente acontece fora do direito. Pessoas comuns que procuram saber se chove lá fora e biólogos que pretendem entender a evolução das espécies consideram amplamente as evidências disponíveis. Por que excluir um fato que pode ajudar a identificar a melhor hipótese? A IME no

**Quando o ônus é claramente de uma das partes, e ela é incapaz de apresentar prova relevante, a outra parte sequer precisa se manifestar.**

direito, só por causa das exclusões, já é significativamente diferente da IME fora do direito. Mas ainda há outras diferenças dignas de nota.

O ônus de prova diz respeito ao fato de que diferentes partes de um processo legal, em diferentes momentos do processo, têm a responsabilidade de apresentar seus argumentos em defesa das questões de fato suscitadas. O ônus de prova às vezes é distribuído por meio das ditas “presunções” legais. Presume-se inocente o réu criminal. Essa é outra maneira de dizer que não cabe ao réu mostrar que é inocente. Cabe ao acusador formular um argumento que estabeleça a culpa do réu. Se o argumento for plausível, o processo seguirá para que o réu possa se defender. Da mesma forma, um sistema jurídico pode presumir que o filho de uma mulher casada é também filho do seu marido. Em outras palavras, tem o ônus de prova quem quiser contestar a paternidade no contexto de um processo legal<sup>8</sup>. Quando o ônus é claramente de uma das partes, e ela é incapaz de apresentar prova relevante, a outra parte sequer precisa se manifestar. Considere o seguinte diálogo hipotético (mas verossímil):

– Autor: O réu me deve 500 reais. – Réu: Discordo do autor. – Autor: O réu me deve 500 reais porque realizamos um contrato válido de compra e venda, eu forneci o produto e o réu não pagou. – Réu: Reconheço que o autor forneceu o produto e que eu não paguei, mas não reconheço que haja entre nós um contrato válido. – Juiz: *Autor, prove que vocês têm um contrato válido.* – Autor: Eis um documento assinado por nós dois. – Réu: Não reconheço a autenticidade deste documento. – Juiz (*ao réu*): *Visto que o documento parece autêntico, prove que ele não é.* – Réu: Esse laudo encomendado a um laboratório atesta que a minha assinatura foi forjada. – Autor: O relatório não serve como prova, pois eu tive conhecimento dele muito tarde no processo. – Juiz: Concordo: a prova não é admissível<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> As presunções discutidas neste parágrafo são presunções “relativas” ou “derrotáveis”. Elas se distinguem das presunções “absolutas”. O primeiro tipo de presunção transfere o ônus de prova a uma das partes, dando-lhe não só o dever, mas também a oportunidade, de estabelecer a sua versão dos fatos. A presunção absoluta, por outro lado, não dá à outra parte qualquer oportunidade de contestação: “há pouca diferença entre [...] uma presunção absoluta e aquilo que chamaríamos simplesmente de regra jurídica. [...] A lei [do estado da Florida] impõe pena muito mais alta aos traficantes do que àqueles que simplesmente portam drogas, e diz em seguida que o portador de 28 gramas ou mais de cocaína deve ser presumido culpado de tráfico de drogas ilícitas, sem possibilidade de contestação. Em outras palavras, se você é detido com mais de 28 gramas de cocaína, presume-se que você é um traficante, ainda que não seja. O ônus de prova não está em questão, pois o direito sequer permite que você tente derrubar a presunção [...]” (SCHAUER, 2009, p. 226, tradução livre).

<sup>9</sup> O diálogo foi emprestado, com algumas modificações, de PRAKKEN; SARTOR, 2004.



O juiz manda (nos trechos destacados) que se pronuncie, em cada momento, a parte que tem o ônus de prova. Se a parte não consegue sustentar o ônus, ela corre o risco de perder a disputa. Quando biólogos discordam sobre a evolução das espécies eles não costumam proceder com base em regras claras sobre ônus de prova. Eles apresentam IMEs rivais em defesa das suas respectivas teorias acerca da evolução. No direito, as coisas são diferentes. O autor de uma ação é normalmente quem tem a responsabilidade de provar os fatos alegados; o réu costuma ter a responsabilidade subsidiária de reagir diante dos argumentos do autor. No direito, portanto, nem todo mundo tem que formular o seu próprio argumento teórico, ou sua própria IME. A responsabilidade é distribuída de maneira seletiva e variável ao longo do processo<sup>10</sup>. Ônus e presunções também funcionam como critérios de desempate. Quando dois cientistas têm argumentos não concludentes, mas igualmente plausíveis, em defesa de teorias rivais, a comunidade científica tende a considerar a questão aberta até que novas evidências surjam, corroborando uma ou outra teoria. No direito, por outro lado, quando réu e autor apresentam IMEs que levam a explicações igualmente plausíveis dos fatos discutidos no processo, prevalece a parte que não tem o ônus de prova, ou que goza de alguma presunção a seu favor. Tribunais não suspendem o juízo ou paralisam o processo até que mais evidências sejam apresentadas.

Finalmente, considere os “standards” de prova. Esse é um termo da língua inglesa que diz respeito ao grau de probabilidade com que deve ser estabelecida uma conclusão em diferentes áreas do direito. Nem todo sistema jurídico estabelece tais “standards”, mas eles são comuns nos países da “common law”. A culpa de um suposto criminoso deve ser estabelecida “beyond a reasonable doubt”: isto é, se houver dúvida significativa sobre a autoria do crime, não se deve condenar o réu. Já no campo da responsabilidade civil, onde as consequências de uma eventual condenação são menos graves, basta que as evidências apontem mais para a culpa do que para a inocência do réu (entre esses dois extremos, “standards” intermediários às

<sup>10</sup> A diferença entre direito e ciência talvez seja mitigada pelo fato de que a academia eventualmente distribui ônus de prova de maneira tácita. Para dar apenas um exemplo, cientistas que pretendem publicar seus trabalhos em periódicos prestigiados sabem que costuma haver entre os membros do corpo editorial certos consensos teóricos básicos. O consenso acadêmico pode funcionar como uma presunção informal (derrotável) de que estão errados aqueles que não aderem ao consenso.



vezes são estabelecidos). O que os “standards” fazem, essencialmente, é estipular com que grau de confiança deve ser inferida a conclusão de um argumento teórico. A IME, como argumento indutivo, é logicamente correta quando a veracidade das premissas torna provável a veracidade da conclusão. Nessa ideia genérica não há nenhuma menção ao grau exato de probabilidade relevante; nem é certo que a probabilidade possa ser mensurada numericamente. O que o direito faz é estipular níveis de probabilidade ou plausibilidade próprios para cada área do direito. Ele não indica valores numéricos precisos (51%, 75%, 95%, 100%), mas sugere uma gradação de qualquer forma<sup>11</sup>.

### CONCLUSÃO

No direito, o rol de fatos referidos na IME costuma ser limitado pelas exclusões de prova. A responsabilidade de apresentar IMEs não é repartida igualmente entre as partes do processo legal, que recebem ônus diferenciados. Além disso, o direito eventualmente estipula, por meio de “standards”, a força da relação que deve existir entre as premissas e a conclusão da IME. Essas diferenças entre IMEs dentro e fora do direito ajudam a ilustrar o que há de peculiar e institucional na argumentação teórica no contexto do processo legal.

Essas são características da argumentação jurídica que frequentemente deixam perplexas as pessoas comuns. Gulliver, o famoso personagem de Jonathan Swift, foi um contundente crítico do direito. Ele não conseguia entender, por exemplo, por que os advogados não vão direto ao assunto e perdem tanto tempo com questões circunstanciais:

Ao defender uma causa, [advogados] evitam cuidadosamente entrar no mérito da questão; mas são estrondosos, violentos e enfadonhos no discorrer sobre todas as circunstâncias que não vêm a pêlo. Por exemplo, no sobredito caso, não querem saber quais os direitos, os títulos que tem o meu adversário à minha vaca, mas se a dita vaca era vermelha ou preta, se tinha os chifres curtos ou compridos, se o campo em que eu a apascentava era redondo ou quadrado, se era ordenhada dentro ou fora de casa, a que doenças estava sujeita, e assim por diante [...]<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Para uma discussão minuciosa da relação entre IME e “standards” de prova, veja PARDO; ALLEN, 2008.

<sup>12</sup> SWIFT, 1983, p. 229.

**A verdade formal diz respeito à conclusão a que se chega com base nas provas (licitamente) trazidas ao processo; a verdade formal nem sempre corresponde à verdade real, isto é, a conclusão a que se chegaria caso fossem consideradas todas as evidências relevantes.**

Gulliver exagera, evidentemente, mas os próprios profissionais do direito costumam admitir o caráter relativamente artificial da argumentação teórica no direito. Não é por acaso que processualistas distinguem entre “verdade formal ou processual” e “verdade material ou real”, reconhecendo que juízes às vezes se contentam com o primeiro tipo de verdade no contexto de processos legais. A verdade formal diz respeito à conclusão a que se chega com base nas provas (licitamente) trazidas ao processo; a verdade formal nem sempre corresponde à verdade real, isto é, a conclusão a que se chegaria caso fossem consideradas todas as evidências relevantes<sup>13</sup>. O contraste entre verdade formal e verdade material tende a ser mais forte nos sistemas jurídicos que adotam um modelo de processo adversarial (para usar um anglicismo), e que, portanto, impedem que o juiz exija a produção de evidências omitidas pelas partes. Fatos relevantes podem ficar de fora não só em virtude das exclusões legais, mas também porque o juiz é impedido de incluir no processo meios de prova que poderiam ter sido trazidos, mas não foram (por omissão accidental ou deliberada das partes).

Seja como for, profissionais do direito só reconhecem a artificialidade da argumentação teórica no âmbito processual porque eles acreditam que existem boas razões para que as coisas sejam assim. Por mais estranhas que exclusões, ônus e “standards” pareçam para os leigos, eles não existem por acaso. O direito exclui a confissão do mordomo coagido para não estimular a truculência policial. O direito exclui antecedentes criminais porque aposta na ideia de que o criminoso pode se regenerar. O direito aloca o ônus da prova preferencialmente ao autor da ação para não incentivar acusações infundadas e processos frívolos. O direito estabelece um “standard” de prova particularmente rigoroso no âmbito do direito criminal,

<sup>13</sup> Uma nota para filósofos puristas. A rigor, a distinção entre verdade formal e verdade material não diz respeito à veracidade das conclusões a que se chega, mas à sua justificação. Justificação e verdade são conceitos relativamente independentes para a epistemologia tradicional (que define conhecimento como crença verdadeira e justificada). Um juiz que raciocina com base em um rol legalmente limitado de evidências pode chegar a uma conclusão verdadeira sobre os fatos do caso, mas isso não fará com que seja menos artificial o argumento (a justificativa) que ele usa para sustentar aquela conclusão. A melhor evidência de que a distinção “formal/material” está ligada à justificação, e não à verdade, diz respeito ao fato de que o direito probatório (com suas exclusões, ônus e “standards”) pode ter entre os seus objetivos o de moldar a deliberação do juiz precisamente para aumentar a probabilidade de que ele descubra a verdade. Juízes não são cientistas. São pessoas comuns sujeitas a preconceitos e vieses comuns. O direito probatório pode servir, por exemplo, para limitar a quantidade de informação disponível ao juiz e orientar o seu raciocínio teórico de maneiras que inibam os efeitos nocivos de eventuais preconceitos e vieses.

sabendo que isso levará à absolvição de alguns réus culpados, porque no fim das contas talvez seja melhor “que escapem dez pessoas culpadas do que permitir que sofra um inocente”<sup>14</sup>. E assim por diante. O direito probatório não é simplesmente artificial. Ele é sabida e intencionalmente artificial.

### **PÓS-ESCRITO**

Em um trabalho bastante recente, Giovanni Tuzet analisa em detalhe o papel da IME no direito<sup>15</sup>. Tuzet explica a IME de uma maneira distinta da que se viu aqui. Para não interromper a linha central da nossa argumentação, dedicamos a Tuzet um pós-escrito. Nada do que Tuzet diz afeta a ideia básica de que argumentação teórica é mais institucional dentro do direito do que fora dele. No entanto, alguns comentários sobre Tuzet ajudarão a iluminar aspectos importantes do método que informa o presente artigo.

Tuzet retrata a investigação sobre fatos no campo do direito como tendo duas fases distintas: a fase de formação de hipóteses e a fase de controle ou teste das hipóteses. Para ilustrar a diferença, ele faz alusão a um conto de Edgar Allan Poe, em que mãe e filha são brutalmente assassinadas em seu apartamento<sup>16</sup>. O autor dos crimes mostrou ser extremamente forte e ágil. Além de ter decapitado uma das vítimas, fugiu sem ser visto, logo depois dos crimes, de um prédio alto que não tinha escadas de incêndio. O criminoso foi ouvido por testemunhas, mas falava uma língua estranha, que não se pôde identificar. Com base nesses e outros fatos, o detetive considera a hipótese peculiar de que o assassino não é humano. Em seguida, para testar a hipótese, o detetive faz publicar no jornal a falsa notícia de que está na posse de um orangotango fugido, e pede que o seu dono o recolha. Um marinheiro logo se apresenta e afirma ser dono do orangotango. O detetive acaba por extrair do marinheiro mais informações sobre o orangotango, entre elas a de que o animal havia escapado e entrado no prédio das vítimas antes de desaparecer.

<sup>14</sup> A frase, de William Blackstone, é discutida por Frederick Schauer (2009, p. 221): “É lamentável que pessoas culpadas sejam absolvidas. Assim pensava Blackstone [em 1769] e assim pensamos ainda hoje. Mas é ainda pior que pessoas inocentes sejam condenadas. Consequentemente, o sistema jurídico calibra o standard de prova de modo que o direito possa promover o interesse social de punir os culpados e, ao mesmo tempo, manter bastante baixo o número de inocentes punidos” (tradução livre).

<sup>15</sup> TUZET, 2014

<sup>16</sup> Ibid., p. 129-132.

A história, assim contada, pode dar a impressão de que o esquema geral da IME é inadequado. O esquema, lembre-se, é o seguinte:

Esquema geral da IME.

1. F é um conjunto de fatos.
2. A hipótese H explica F.
3. Nenhuma outra hipótese explica F tão bem quanto H.  
Logo,
4. H é verdadeira.

Para retratar o raciocínio do detetive de modo análogo ao de Tuzet, teríamos de revisar o esquema significativamente:

*Novo* esquema geral da IME.

1. F é um conjunto de fatos.
2. A hipótese H explica F.
3. A princípio, nenhuma outra hipótese explica F tão bem quanto H.  
Logo,
4. H merece ser testado à luz de um conjunto G de fatos adicionais.
5. H explica G adequadamente.  
Logo,
6. H é verdadeira.

Em F incluem-se os fatos conhecidos pelo detetive antes do anúncio no jornal (duas mulheres foram assassinadas – uma delas, decapitada – por um indivíduo que escapou sem ser visto de um prédio alto etc.). Em G estão os fatos descobertos depois do anúncio no jornal (um marinheiro afirma ser dono de um orangotango fugido etc.). De acordo com o novo esquema, a IME é um argumento complexo, composto por duas inferências encadeadas<sup>17</sup>. No raciocínio do detetive de Edgar Allan Poe, a primeira inferência isola uma hipótese que merece ser considerada, e a segunda inferência submete

<sup>17</sup> Tuzet afirma que a primeira inferência não é dedutiva, mas que a segunda pode ser (*Op. cit.*, p. 134-135). Essa é uma ideia interessante que, por falta de espaço, não será discutida aqui. Ao retratar a investigação sobre fatos como um processo composto por mais de uma inferência, Tuzet se aproxima de Charles Peirce, o autor original da noção de abdução; embora, ao contrário de Peirce, Tuzet não associe tão claramente a primeira inferência ao “processo de descoberta” (em oposição ao “processo de justificação”) de hipóteses teóricas. Uma análise crítica da teoria de Peirce encontra-se em FRANKFURT, 1958.

essa hipótese a confirmação empírica. Uma objeção relativamente técnica a essa maneira de conceber a IME (como um argumento composto por duas inferências distintas) consiste na ideia de que a confirmação empírica está entre os critérios que servem para determinar qual é a melhor hipótese (conceito que aparece já na premissa 3) entre os candidatos possíveis<sup>18</sup>. Mas há uma maneira mais simples e menos abstrata de explicar por que a IME é bem retratada pelo esquema original.

O novo esquema representa com mais fidelidade a cronologia do raciocínio do detetive. Na verdade, é provável que todos nós raciocinemos por etapas quando buscamos a melhor explicação para conjuntos de fatos relativamente complexos<sup>19</sup>. Consideramos os fatos mais evidentes, formulamos hipóteses preliminares e depois buscamos dados adicionais para aferir se as hipóteses preliminares são realmente as melhores possíveis. Seja como for, ao final do processo de investigação, nada nos impede de apresentar o resultado do nosso raciocínio através de um argumento conciso que omita as diferentes etapas da investigação e revele, de uma só vez, quais são os fatos que pudemos reunir e qual é a hipótese que melhor os explica. No tribunal, o detetive provavelmente apresentaria todos os fatos por ele apreciados, inclusive a confissão do marinheiro, como fatos que, em conjunto, levam à conclusão de que o criminoso é um orangotango. Na verdade, dada a singularidade do caso, o juiz poderia insistir na produção de outras evidências que servissem para testar de maneira ainda mais exaustiva a hipótese de que o orangotango é o culpado. Por exemplo: o juiz poderia pedir que um veterinário examinasse o animal para aferir sua agressividade diante de seres humanos. De qualquer forma, no momento de justificar a sua conclusão teórica, o juiz reuniria todos os fatos apresentados (licitamente) nas sucessivas etapas do processo sob um mesmo rol, dentro de uma mesma IME concisa<sup>20</sup>.

Analogamente, o exemplo da família Chaves foi formulado com base no pressuposto de que todos os dados considerados relevantes pe-

<sup>18</sup> Ver MACKONIS, 2013.

<sup>19</sup> Por sinal, as etapas do raciocínio podem ser ainda mais numerosas do que supõe o próprio Tuzet. A propósito, veja AMAYA, 2008. Amaya ilustra a complexidade do raciocínio abduutivo no direito através de um caso particularmente controvertido, o de O.J. Simpson.

<sup>20</sup> Isso é algo que o próprio Tuzet parece reconhecer ao apontar uma diferença entre o objetivo teórico de representar o desenvolvimento da dialética processual e o objetivo de retratar a forma como uma decisão judicial é fundamentada ao final do processo (TUZET, 2014, p. 135). São objetivos distintos que parecem pedir esquemas distintos.

**A argumentação tem a ver com a forma como indivíduos justificam suas conclusões publicamente, não com o processo psicológico que precede o processo de justificação.**

los investigadores já haviam sido colhidos. É claro que, havendo dúvida sobre se a apuração dos fatos foi exaustiva, um detetive poderia continuar a explorar a plausibilidade da hipótese de que o mordomo é o assassino. Ele poderia, por exemplo, explorar a correspondência particular do mordomo em busca de algum indício de rancor em relação ao Sr. Chaves. De qualquer forma, ao final do processo as cartas acabariam por integrar o rol de fatos F que figura na IME do detetive. O que, reconhecidamente, o esquema original não faz é expor a cronologia e outros aspectos interessantes do processo de descoberta do detetive. Mas o objetivo deste artigo foi sempre o de explicar como se *argumenta* dentro e fora do direito. A argumentação tem a ver com a forma como indivíduos justificam suas conclusões publicamente, não com o processo psicológico que precede o processo de justificação.

## REFERÊNCIAS

- AMAYA, Amalia. Inference to the Best Legal Explanation, in: KAPTEIN, Hendrik; PRAKKEN, Henry; VERHEIJ, Bart (Eds.). *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*. Aldershot: Ashgate Publishing, 2008. p. 135-159.
- FRANKFURT, Harry G. Peirce's Notion of Abduction. *Journal of Philosophy*, v. 55, n. 14, p. 593-597, 1958.
- MACCORMICK, Neil. Argumentation and Interpretation in Law. *Ratio Juris*, Bologna, v. 6, n. 1, p. 16-29, March 1993.
- MACKONIS, Adolfas. Inference to the Best Explanation, Coherence, and Other Explanatory Virtues. *Synthese*, v. 190, n. 6, p. 975-995, 2013.
- OKASHA, Samir. *Philosophy of Science: A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press, 2002.
- PARDO, Michael; ALLEN, Ronald. Juridical Proof and the Best Explanation. *Law and Philosophy*, v. 27, n. 3, p. 223-268, 2008.
- PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The Three Faces of Defeasibility in the Law. *Ratio Juris*, Bologna, v. 17, n. 1, p. 118-139, 2004.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2009.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. *Understanding Arguments: An Introduction to Informal Logic*. 8. ed. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010.

STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio. A Distinção entre Direito e Moral e a Distinção Moral do Direito. *Revista de Direito do Estado*, v. 22, p. 131-145, 2012.

SWIFT, Jonathan. *Viagens de Gulliver*. Tradução Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

TUZET, Giovanni. Usos Jurídicos de la Abducción. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). *Prueba e razonamiento probatorio en derecho: debates sobre abducción*. Albolote: Editorial Comares, 2014.

WELLMAN, Carl. *Challenge and Response: Justification in Ethics*. Carbondale: Southern Illinois University Press, 1971.

# EL DERECHO COMO PUNTO DE PARTIDA AL CONCEPTO FILOSÓFICO DE *PRESUNCIÓN*: LA CONTRIBUCIÓN DE ULLMANN-MARGALIT

Janaina Roland Matida  
Pesquisadora e Candidata  
ao título de Doutorado  
pela Universitat de Girona,  
Espanha.  
janainamatida@gmail.com.

## Law as a Point of Departure for the Philosophical Notion of Presumption: Ullmann-Margalit's Contribution

### RESUMEN

El presente paper analiza la contribución de Edna Ullmann-Margalit al desarrollo del concepto filosófico de presunción (asumir desde la ocurrencia de un hecho conocido la ocurrencia de un hecho no conocido a modo de actuar sobre él). Ullmann-Margalit toma el contexto jurídico como punto de partida de su teoría porque, según ella, el lenguaje técnico del derecho dispone de más precisión que el lenguaje ordinario en lo que respecta a la “presunción” y sus parientes terminológicos. Dado que su paper de 1983 se haya convertido en una referencia a todos los que se dedican a qué significa “presumir”, aquí se ofrecerán dos objeciones a la contribución de Ullmann-Margalit.

**Palabras-clave:** Presunciones, Razonamiento Práctico, Ullmann-Margalit.

### Abstract

The present paper analyzes Edna Ullmann-Margalit's contribution for the development of a philosophical concept of presumption (assume from the occurrence of a known fact the occurrence of an unknown fact in order to act on its basis). Ullmann-Margalit takes the legal context as a departure point for her theory because she believes that technical legal language is more precise than ordinary language in relation to the concept of “presumption” and its terminological cousins.

Recebido: maio 31, 2016

Aceito: agosto 18, 2016



Given that her 1983 paper has been a reference to those who attempt to understand what it means to “presume”, this paper will offer two objections to Ullman-Margalit’s contribution.

**Keywords:** Presumptions, Practical Reasoning, Ullman-Margalit.

## 1. INTRODUCCIÓN

Ullmann-Margalit es una importante autora de la teoría de la acción que se ha dedicado a pensar cómo el agente decide como finalmente actuar. Metida en esta problemática, se puso a estudiar el concepto de *presunción*; la posibilidad de tomar un *hecho no conocido* como *verdadero* a modo de actuar sobre él: “no tengo pruebas de que *q* ocurrió y de acuerdo con la presunción, estoy autorizado a accionar como si hubiera ocurrido”. Para producir su teoría, Ullmann-Margalit decide partir de un camino distinto. Si bien es cierto que un camino usual sea analizar el lenguaje ordinario, considerando la terminología específica de las presunciones le pareció más prometedora la estrategia de mirar hacia el contexto jurídico. Aquí me ocuparé críticamente del artículo de Ullmann-Margalit publicado en 1983 a modo de analizar el uso del contexto jurídico al desarrollo de un *concepto filosófico* de presunción. En la primera parte del paper (apartado 2), me ocuparé de describir la estrategia de la autora al acercarse al derecho. En seguida (apartado 3), me detendré en ofrecer *dos objeciones* al tratamiento ofrecido por Ullmann-Margalit. La primera objeción se refiere a la descripción de las presunciones jurídicas realizada por la autora; la segunda se dirige a la afirmación de que las presunciones cobrarían *especial relevancia* a contextos de deliberación práctica. En la tercera parte (apartado 4), estarán concentradas las conclusiones.

## 2. LAS PRESUNCIONES JURÍDICAS DESDE LA MIRADA DE ULLMANN-MARGALIT

En un artículo del año de 1983 (*On Presumption*, The Journal of Philosophy, 80, 3, 1983), Edna Ullmann-Margalit se ha dedicado al concepto de *presunción*. De acuerdo con la autora, se trata de una noción importante relacionada a la *teoría de la acción*, ya que garantiza al

**En el contexto jurídico, y específicamente en la determinación de los hechos, el concepto de presunción es ampliamente empleado, además de ser objeto de fructífera discusión teórica.**

agente una *verdad tentativa*, una *ready-made answer*, desde la cual puede actuar en contextos de incertidumbre. A través de ella, el agente no tiene que resignarse a la inacción: considerando *Q* una proposición fáctica, el agente acciona como si *Q* fuera verdadera. No sabe si *Q* o si *no-Q*, pero como inexistente prueba de *no-Q*, puede dar impulso a un curso de acción compatible con la verdad de *Q*. En situaciones como esta, es adecuado afirmar que se *presume Q*, que el agente asume la verdad de *Q* para definir su curso de acción: acciona *como si Q*.

Ahora bien, para la autora, conviene partir de un análisis del contexto jurídico para comprender mejor qué significa *presumir*; el derecho se presenta como un adecuado punto de partida para lograr una explicación filosófica de las presunciones. Le acompañan en esta estrategia de iniciar el análisis filosófico de las presunciones desde el contexto jurídico nombres conocidos como Nicholas Rescher<sup>1</sup> y Douglas Walton<sup>2</sup>. Por razones de espacio, me detendré en el paper de Ullmann-Margalit.

En *On Presumption*, ya en su tercer párrafo explica la autora que, aunque en general los análisis conceptuales empiezen desde el lenguaje ordinario, en el caso del concepto de presunción, vale la pena girarnos hacia el *lenguaje técnico* del derecho. En sus palabras, to “the realm of law”. En el contexto jurídico, y específicamente en la determinación de los hechos, el concepto de presunción es ampliamente empleado, además de ser objeto de fructífera discusión teórica. Toma dicha decisión de partir desde el derecho a pesar de que respecto a la discusión teórica sobre qué jurídicamente significa una presunción reconoce saber existir controversias y ninguna unanimidad de opiniones siquiera sobre su modo de funcionamiento<sup>3</sup>. Aclara a su lector que no tiene intención de proceder a un *análisis exhaustivo* de las presunciones jurídicas, tampoco investigar todos los usos del término en el referido contexto:

My intention is different: to locate the hard core of the use of presumptions within the law, in order that this may serve as a starting point for

<sup>1</sup> RESCHER, 1977; RESCHER, 2006.

<sup>2</sup> WALTON, 2008.

<sup>3</sup> ULLMANN-MARGALIT, 1983, p. 144: “[en función de tanta teorización sobre las presunciones en el derecho] it will be rewarding therefore, to devote some space to unraveling the nature of legal presumptions, in spite of the fact that theoretical discussions about their status are not free from controversy and that there is no unanimity of opinion among lawyers even about their mode of functioning”.

the task of philosophical explication. My aim is to import the notion of presumption from the law into philosophy, not to export philosophical advice for the use of lawyers<sup>4</sup>.

Así, en el contexto jurídico encuentra ejemplos muy interesantes. Son situaciones en que se tiene un *hecho no probado* como verdadero: (i) la aplicación de la *presunción de inocencia*, que ordena al juez que el acusado se tiene como inocente hasta que se pruebe lo contrario, (ii) de la *presunción de muerte*, que ordena al juez que sea tenido por muerto el sujeto desaparecido por período temporal igual o superior a 7 años sin que se sepa su paradero<sup>5</sup>, (iii) de la *presunción de paternidad*, que ordena al juez que tenga el marido como el padre del niño nacido.

A través de estos supuestos, queda de manifiesto que tomar como verdadero un hecho desconocido (no probado) no siempre encaja con la descripción de un comportamiento *descuidado* o *poco prudente*. Es más: desde la perspectiva según la cual es peor condenar inocentes que absolver culpables, por ejemplo, la formulación de la regla que ordena presumir la inocencia es básicamente una *regla de prudencia*, que exige asimétricamente pruebas más robustas para condenar que para absolver los acusados del sistema jurídico de origen. Así mismo, desde el punto de vista del mejor interés de los niños, en una época donde no existían avances científicos como el test de ADN, la presunción de paternidad llegó a cumplir la función de garantizarles *estabilidad social*. Así, *presumir*, en determinadas situaciones, es una adecuada estrategia para actuar justificadamente y la mera posibilidad de que la proposición fáctica sea falsa no convierte la acción que en ella se fundamenta en *imprudente*, *aprisurada* o *perezosa*.

De ahí se sigue que la propuesta conceptual de Ullmann-Margalit parte del contexto jurídico para ofrecer una explicación (i) de lo que son las presunciones y por qué son necesarias, (ii) del *carácter normativo*

<sup>4</sup> ULLMANN-MARGALIT, 1983, p. 144.

<sup>5</sup> Cada sistema jurídico establece cuántos años de desaparición deben ser alcanzados para que se aplique la presunción de muerte. En el sistema jurídico brasileño, la materia se encuentra tratada en el artículo 6o (previsión de la presunción de muerte del ausente), y del 22 al 39 (definición de ausencia, trámites de sucesión provisional y definitiva, respectivamente). Así mismo, en el sistema jurídico brasileño, el lapso temporal de 7 años es insuficiente para la presunción de muerte del ausente. Para saber más de la formulación de la presunción de muerte por haberse transcurrido período superior a 7 años en los sistemas jurídicos de tradición *common law*, véase THAYER, 1889, p. 151-155.

de las presunciones (iii) de su *estructura*, (iv) de si la regla de presunción ordena al agente *inferir*, (v) de la *justificación* de cada presunción específica. A seguir, recurriré estos puntos de forma resumida y, al final, me detendré más profundamente en dos puntos:

(i) En primer lugar, las presunciones son necesarias en situaciones que potencialmente representan dilemas futuros para el agente que necesita decidir. Entonces para evitar que el agente quede atrapado en un *proceso de deliberación inconclusivo*, se formulan *presunciones*. Sirve a evitar impases y a facilitar la acción.

They function as a method of extrication, one among several, from unresolved deliberation processes. What they do is supply a procedure for decision by default<sup>6</sup>.

(ii) ¿Y qué son? Las presunciones son una *respuesta anticipada* ofrecida en la forma de una *regla*. La regla relaciona genéricamente *categorías de hechos*. Siempre que ocurra *P*, se debe presumir *Q*. De ser así, la regla se dirigiría a cualquier persona que se involucrara en un proceso de deliberación práctica cuya resolución dependiera de la respuesta respecto de si *q* ocurrió o no: “Dado que es el caso de *p*, debes proceder como si *q* fuera verdadera, a menos que tengas suficiente razón para creer que no es el caso de que *q*”<sup>7</sup>.

(iii) O sea, para Ullmann-Margalit la regla de presunción siempre cuenta con un hecho básico *P* cuya ocurrencia confirmada conduce el agente al hecho *Q*, el hecho presumido. Se trata de un *puente* ofrecido desde hecho *P* a hecho *Q*. En el contexto jurídico, se presume la *muerte* del sujeto ausente por más de 7 años, la *paternidad del niño* de la relación de matrimonio entre un hombre y la madre del nacido, la *carta recibida* de la carta enviada; todos estos son ejemplos de pares de hechos presumidos y hechos básicos.

(iv) Ahora bien, el puente que el hecho básico ofrece hacia el hecho presumido, de alguna forma, no sería traducible en la inferencia de *Q* desde *P*? Sería “inferir” el comportamiento que la regla de presunción convierte en obligatorio? La respuesta de Ullmann-Margalit es en el sentido de negar cualquier compromiso entre la regla

<sup>6</sup> ULLMANN-MARGALIT, 1983, p. 155.

<sup>7</sup> Ullmann-Margalit adopta letras mayúsculas para representar las categorías de hechos y minúsculas para representar los hechos individuales. p. 147.

**Las presunciones son una respuesta anticipada ofrecida en la forma de una regla. La regla relaciona genéricamente categorías de hechos.**

de presunción con la verdad de  $q$  (es decir, la autora afirma que la presunción no se compromete con la verdad de la ocurrencia de  $q$  en el caso individual). La regla concede a uno que proceda como si  $q$  fuera verdadero, pero no requiere que el agente finalmente crea que  $q^8$ . Luego, proceder como si  $q$  no es inferir que  $q^9$ .

(v) Por último, Ullmann-Margalit lista la pluralidad de consideraciones que pueden justificar la formulación de una regla específica de presunción. Dice la autora que son primordialmente *dos* los tipos de consideraciones que se mezclan y que, algunas veces, a estos dos tipos se suma un tercero. Serían (a) consideraciones *inductivo-probabilísticas*; (b) consideraciones *valorativas* y (c) consideraciones *procedimentales*.

(a) las *consideraciones inductivo-probabilísticas* se deben a la constatación de que la categoría de hechos  $Q$  tiene su ocurrencia relacionada a la anterior ocurrencia de  $P$ . En estos supuestos, sería una pérdida de tiempo exigir la prueba de  $q$  para afirmar su ocurrencia si ya se cuenta con la confirmación de  $p$ . Además, es necesario decir que este tipo de consideración disminuye el riesgo de que agente incurra en un *error* en la determinación de los hechos, una vez que es más probable que  $q$  se siga a  $p$  que  $q$  no se

8 ULLMANN-MARGALIT, 1983, p. 149: “[T]he presumption rule involves no commitment to, nor guarantee of, the truth value of the presumed fact  $q$ . It makes no claims upon its subject’s cognitive or epistemic systems. The rule entitles one to hold  $q$  as true for the purpose of concluding one’s practical deliberation on the impending issue; it neither requires nor entitles one to believe that  $q$ ”. Sobre la distinción entre creer y presumir, véase su propuesta de dos categorías de estados mentales: “holding true” vs. “holding as true” en su paper de 1992, “Holding True and Holding as True”.

9. En este punto es posible detectar la influencia de la teoría de Thayer en el pensamiento de Ullmann-Margalit. Tal como él, entiende la autora que la regla de presunción no tiene nada que ver con “inferir” un hecho desde otro, no se trata de ordenar al agente- en este contexto el juez de los hechos- a inferir  $q$  desde la confirmación de  $p$  por la sencilla razón de que el derecho no tiene capacidad de intervenir en los asuntos de la lógica. El derecho no puede ordenar que el agente produzca en si mismo la creencia de la ocurrencia de un hecho específico. Lo que sí el derecho tiene capacidad para hacer es producir *equivalencia en cuanto a efectos entre hechos*. Siempre que  $p$  ocurra, se tendrá que  $q$  ocurrió para efectos jurídicos (en la condición de que inexistía prueba en contra de  $q$ ). Sobre la inadecuación de relacionar el cumplimiento de una regla de presunción a la actividad mental de inferir, véase originalmente THAYER, 1889, p. 149: “To say, as is sometimes done, that in such cases there is ‘a rule of law that courts and judges shall draw a particular inference’ is, perhaps, intended as a mere mode of expression; but it is misleading, as involving the misconception that the law of evidence has any rules at all for conducting the logical process. It would be accurate to say that the rule of law requires a judge to stop short in the process of drawing inferences, or not to enter upon it at all; to assume for the time that one fact is, in legal effect, the same as a certain other. The rule fixes the legal effect of a fact, its legal equivalence with another. [...] A rule of presumption does not merely say such and such a thing is a permissible and usual inference from other facts, but it goes on to say that this significance shall always, in the absence of other circumstances, be imputed to them,- sometimes passing first through the stage of saying that it ought to be imputed”.

**La regla de presunción de inocencia no se debe a alguna probabilidad más elevada de que los acusados en determinado sistema jurídico sean inocentes, sino que expresa la preferencia por absolver culpables a condenar inocentes.**

siga a  $p$ . La adopción de una regla de presunción que cuente con este tipo de consideración reduce errores en las decisiones sobre los hechos si es que el agente se encuentra en un escenario carente de información. Así, probablemente el sujeto que se encuentra hace más de 7 años desaparecido está muerto, de ahí que la regla de presunción evita em impase que pudiera producirse por faltar una directa corroboración del dato de la *muerte*.

(b) Sin embargo, las consideraciones de tipo probabilístico no bastan para que se formule una regla de presunción. Solas, pueden funcionar como un *buen consejo inductivo* al agente que necesita decidir, pero estan lejos de representar un aspecto *suficiente* para la imposición de un modelo de resolución anticipada del conflicto, como es la imposición de una regla de presunción. Con el conocimiento de una consideración probabilística, es posible que se deje al agente la decisión en cada caso individual si desde  $p$  se concluye que  $q$  o que  $no-q$ . Son *consideraciones valorativas* las responsables por la institución de una regla “Si  $P$ , entonces se presumirá  $Q$ ”. La formulación de una regla de presunción tiene el objetivo de expresar la *preferencia* por un tipo de error frente a otro. En la regla en cuestión - considerando “Si  $P$ , entonces  $Q$  será presumido” claramente se prefiere la producción del error de tener por verdadero  $q$  (aunque  $no-q$  sea el caso) que no tener por verdadero  $q$  (y que sea el caso de  $q$ ). Ha sido la anticipación hipotética de un escenario en que futuros agentes pudieran decidir  $no-q$  lo que ha conferido impulso a los esfuerzos normativos hacia la formulación de la regla según la cuál: “Siempre que  $P$ ,  $Q$  será presumido”. Una asimetría entre errores “mejores” y “peores” desde un punto de vista moral es lo que da origen a una regla de presunción.

Sobre este tipo de consideración, la autora afirma ser el más importante. Incluso, es posible que por consideraciones valorativas se llegue a formular una regla de presunción que va *en contra* a consideraciones probabilísticas, es decir, es posible que la regla ordene presumir  $Q$ , aunque sea probable  $no-Q$ . La presunción de inocencia es el ejemplo mencionado por Ullmann-Margalit. La regla de presunción de inocencia no se debe a alguna probabilidad más elevada de que los acusados en determinado sistema jurídico sean inocentes, sino que expresa la preferencia por absolver culpables a condenar inocentes. Sobre ello, afirma la autora: “La justificación

de las presunciones puede, y tal vez comumente sea, expresa en términos inductivo-probabilísticos, pero dichas consideraciones no son ni necesarias, ni suficientes”<sup>10</sup>.

(c) Finalmente, puede que la regla de presunción exprese una *consideración procedimental*, dado que existen situaciones en que está justificado entender que una regla puede ayudar a crear mejores condiciones para la decisión que se tiene que tomar. Se trata de establecer un *punto de partida* que sea fructífero a la determinación de los hechos. No se ordena presumir *Q* porque sea probable su ocurrencia, tampoco se deba presumirlo porque tenerlo por verdadero así sea falso es un error más aceptable. Nuevamente, Ullmann-Margalit se gira al contexto jurídico a modo de ejemplificar: la presunción de negligencia de la empresa transportadora (una compañía de tren en el ejemplo por ella analizado) en el supuesto de que el pasajero haya sufrido un daño. No se trata de que hayan fundamentos probabilísticos que presten soporte a la regla, tampoco está la regla a expresar exclusivamente una preferencia por una clase de errores ante a otra; se trata más bien de fijar un prometedor punto de partida para la discusión sobre los hechos.

In general, the procedural consideration has to do with the question of what presumption will be the most useful to adopt as an initial step in the process of deliberation, what will help the game along best - quite apart from the question whether the conclusion to which the adoption rule points is likely to be true, as well as from the question whether there exists a standard by which one sort of error is judged as more acceptable than the other<sup>11</sup>.

Así es que Ullmann-Margalit produjo una explicación de qué son las presunciones, para qué sirven; afirmó cierta estructura necesaria, explicó qué consiste proceder como si una proposición fuera verdadera, trató de distinguir los tipos de consideraciones que entran en juego a la hora de formular una presunción. Realizada la descripción de la mirada de Ullmann-Margalit a las presunciones jurídicas, en el punto siguiente me dedico a presentar dos objeciones específicas.

<sup>10</sup> ULLMANN-MARGALIT, 1983, p. 158.

<sup>11</sup> ULLMANN-MARGALIT, 1983, p. 162.



### 3. DOS OBJECIONES A ULLMANN-MARGALIT

Por ahora buscaré analizar *dos puntos específicos*. (1) El punto referente a la estructura de la regla y (2) el punto referente a la *especial preponderancia* que las presunciones cobrarían en un contexto de deliberación práctica en contraposición a contextos teóricos o no comprometidos con una decisión sobre cómo actuar.

(1) En cuanto a la *estructura*, creo que la autora puede haber incurrido en un error, cuando afirma que la presunción *siempre* cuenta con un *hecho básico y un hecho presunto* y que, por tanto, siempre pueda ser adecuadamente representada por “Si *P*, entonces *Q* será presumido”. Es cierto que Ullmann-Margalit, ya al principio de su artículo, se ha ocupado de aclarar que no tenía la pretensión de proceder a un análisis exhaustivo de todos los usos que el término presunción suporta en el contexto jurídico<sup>12</sup>, pero también es cierto que ha afirmado que sí tenía la pretensión de listar las principales características de las presunciones en el derecho a modo de ofrecer un concepto de presunción filosóficamente más preciso<sup>13</sup>. Sobre ello, debo decir que me parece un tanto difícil alcanzar cumplir el objetivo pretendido evitando un análisis exhaustivo de los usos del término en el contexto jurídico: ¿cómo sería posible concluir cuáles son las principales características de las presunciones en el derecho sin que primero se haya ocupado de mapear los usos de dicha terminología? ¿Metodológicamente no sería poco cuidadosa la conclusión de que determinado rasgo se configura como una característica central de las presunciones en el derecho sin que antes se haya hecho el esfuerzo de identificar su permanencia en todos los usos de la terminología en el contexto jurídico?

Tomemos el ejemplo de la presunción de inocencia. Como bien ha señalado la autora, la regla que ordena que se tome por verdadera la hipótesis de inocencia sí funciona como un modo de resolución de la incertidumbre<sup>14</sup> para los supuestos de ausencia/insuficiencia de pruebas. Sin embargo, para cumplir este propósito, la regla no exige que se parta de un hecho básico.

<sup>12</sup> ULLMANN-MARGALIT, 1983, p. 144: “It is not my intention to try to arrive at an exhaustive summary of the issue of presumptions in the law, not to scrutinize all the uses of this notion in the legal literature”.

<sup>13</sup> Véase nota n.4.

<sup>14</sup> La autora pide a sus lectores que considere el ejemplo de la presunción de inocencia en la página 155 a modo de subrayar la racionalidad de la regla de presunción como un modo de “extrication”.

**(...) la regla que ordena que se tome por verdadera la hipótesis de inocencia sí funciona como un modo de resolución de la incertidumbre para los supuestos de ausencia/insuficiencia de pruebas.**



Tal vez el análisis de un otro ejemplo pondrá de manifiesto la inadecuación entre la estructura supuestamente necesaria “hecho básico-hecho presunto” y la regla de presunción de inocencia. Vayamos a la presunción de muerte: “Si alguien se encuentra desaparecido por período igual o superior a 7 años, sin que de él se sepa el paradero, entonces su muerte será presumida”. Estar desaparecido por un período igual o superior a 7 años sí funciona como un hecho básico en la medida que *necesita ser confirmado* para que el sujeto interesado finalmente tenga la regla aplicada a su caso. La regla solo entra a operar en el caso individual cuando la proposición fáctica referente al hecho básico es probada verdadera. Luego, una vez que se experimenta la prueba de  $p$ , a menos que se produzca prueba de  $no-q$ , se presumirá  $q$ . En el ejemplo de la presunción de muerte, probada la desaparición de Pedro por - supongamos - 8 años, a menos que se pruebe que Pedro está vivo, deberá el juez presumir su muerte. Así, la presunción de muerte indica a la parte interesada qué hecho merece el esfuerzo de su actividad probatoria, ya que, sin él, la presunción no entrará a solucionar el caso.

Cosa muy distinta ocurre con la presunción de inocencia. Iniciado el proceso penal, la presunción de inocencia *ya se encuentra operativa*. No hay nada que el favorecido por la regla deba preocuparse en hacer para activarla, para convertirla en aplicable a su caso. De modo que reglas como estas quedan mejor representadas *sin una estructura condicional*. En estos supuestos simplemente hay que asumir que no existe un hecho básico cuya confirmación probatoria condicione la aplicación de la regla. “Se presumirá  $Q$  a menos que se pruebe lo contrario”; sin  $P$ . Toda su actividad probatoria será dirigida directamente a  $q$ ; ya sea produciendo pruebas que contraríen la afirmación del adversario de que  $no-q$ ; ya sea produciendo pruebas de que  $q$ . En ambos escenarios, con todo, un hecho básico cuya confirmación condicione la aplicación de la regla queda absolutamente descartada. Por tanto, hay que reconocer la existencia de presunciones *incondicionadas*; de reglas de presunción que carecen de un hecho básico<sup>15</sup>. Y la presunción de inocencia no es el único ejemplo de presunción incondicionada: este también es el caso de la *presunción de*

<sup>15</sup> En el discurso de los juristas las presunciones incondicionadas han sido presentadas como “presunciones aparentes”. Una buena explicación de la distinción en cuanto a los efectos desprendidos de *presunciones en sentido estricto* y *presunciones aparentes* se encuentra en FERNÁNDEZ López, 2006, p. 134-142.

*constitucionalidad* de las normas infraconstitucionales. “Las normas y actos normativos serán presumidos constitucionales hasta que se pruebe lo contrario”. Es el interesado en declarar la inconstitucionalidad quien tiene que ofrecer pruebas de la inconstitucionalidad, inexistente un deber de ofrecer elementos probatorios a favor de la constitucionalidad de cada norma expedida por los legisladores. La presunción de constitucionalidad es, así, operativa y acompaña cada norma jurídica desde el principio de su creación.

Desde el interior del contexto procesal, se tratará de reconocer que las presunciones incondicionadas acaban por garantizar una posición *mucho más ventajosa a la parte que favorece*: en cuanto la presunción con hecho básico impone el riesgo de la falta o insuficiencia de su confirmación probatoria al favorecido por la regla y se le atribuye la iniciativa probatoria (tiene que probar *p*), la presunción incondicionada sirve para producir una situación mucho más ventajosa al favorecido por la regla, ya que, hasta que el adversario no se preocupe en producir prueba en contra del hecho presunto, se le garantiza la cómoda posición de *inacción procesal*. Más que posibilitar una respuesta *by default* al juez, las presunciones del tipo ignorado por Ullmann-Margalit se caracterizan por promover una asimetría aun más inclinada.

Sin embargo, en defensa de Ullmann-Margalit se podría argumentar que las presunciones de estructura “Si *P*, entonces se presumirá *Q*” son muy comunes y que, incluso, son numéricamente abundantes en el contexto jurídico. Y que, por tanto, tendría sentido listar esta característica como que perteneciente al núcleo duro del concepto jurídico de presunción. También a su favor está el hecho de que, si nos fijamos en las construcciones teóricas de los juristas, a menudo nos depararemos con la explicación de que las presunciones jurídicas son la herramienta procesal que permite “pasar de un hecho conocido a un hecho no conocido, considerándolo verdadero”<sup>16</sup>.

Con todo, en contra a los argumentos de defensa de Ullmann-Margalit, yo contestaría:

(i) Que también son comunes *presunciones incondicionadas* - de la estructura que carece del hecho básico - y que, entre ellas, figuran presunciones jurídicas extramadadamente importantes. Sintomática-

<sup>16</sup> Así los juristas definen las presunciones jurídicas en las más distintas culturas jurídicas.

mente, la presunción de inocencia - seguramente el ejemplo más famoso de presunción jurídica - no presenta la estructura indicada por Ullmann-Margalit. Tampoco en la presunción de constitucionalidad, crucial para el funcionamiento de una rutina institucional estable en el interior de un sistema jurídico, se puede indicar un hecho básico. Luego, considerando la *relevancia* de la presunción de inocencia y de la presunción de constitucionalidad, decir que las presunciones jurídicas presentan la estructura “Si *P*, entonces se presumirá *Q*” sí parece una descripción solo parcialmente correcta. Ahora bien, es cierto que el concepto filosófico de presunción no tiene porque reflejar la confusión sobre los usos de la terminología en el contexto jurídico. Que no exista un acuerdo claro en el derecho sobre si la presencia de un hecho básico representa o no una condición necesaria para el correcto empleo del concepto no se concluye que, para propósitos filosófico, sí se pudiera determinar elementos necesarios para el correcto uso del concepto en este contexto. Sin embargo, creo que falta claridad a la reconstrucción del contexto del derecho propuesta por Ullmann-Margalit. Su argumentación podría ser precisamente en el sentido de que la indefinición respecto de las propiedades necesarias a las presunciones experimentada en el contexto jurídico no tiene porque repetirse cuando se trata de reflexionar sobre un concepto filosófico de presunción. Si el propósito de las presunciones en las afueras del derecho es ofrecer una sugerencia fáctica justificada al sujeto que pretende accionar así sea “by default”, puede que filosóficamente esté más justificado establecer la exigencia de un hecho básico, a diferencia de lo que ocurre con reglas que suelen ser identificadas como presunciones en el contexto del derecho.

(ii) Así mismo, merecen atención las distintas *estrategias de ataque* que las presunciones suponen a los que deseen su no aplicación al caso individual: las presunciones que cuentan con hecho básico pueden ser atacadas mediante estrategias de *bloqueo* y *destrucción*, es decir, ya sea produciendo prueba en contra de *p*, ya sea produciendo prueba en contra de *q*; por su vez, las presunciones incondicionadas solo pueden ser combatidas mediante la *destrucción*, es decir, produciendo prueba en contra de *q*<sup>17</sup>. Así, también según el

<sup>17</sup> Sobre el *bloqueo* y la *destrucción* como estrategias de ataque a las presunciones, véase MENDONÇA, 1998:97-98.

aspecto del ataque a las presunciones, la distinción entre estos tipos de regla no se configura como una cuestión menor.

(2) Ahora paso a la reflexión sobre la afirmación de Ullmann-Margalit de que las presunciones supuestamente cobrarían *especial relevancia* en el razonamiento práctico en oposición a su utilidad a la empresa cognitiva. Sobre ello, afirma Ullmann-Margalit:

I submit that it is concerned not so much with ascertaining the facts as with proceeding on them(...). Presumption rules belong in the realm of praxis, not theory. Their point is to enable us to get on smoothly with business of all sorts, to cut through impasses, to facilitate and expedite action<sup>18</sup>.

En este pasaje la autora se contrapone explícitamente al tratamiento conferido por Rescher a las presunciones. Ullmann-Margalit se refiere al trabajo publicado por Rescher en 1977, *Dialectics*<sup>19</sup>. En ese entonces, Rescher ya afirmaba que las presunciones se configuran como un adecuado punto de partida a la empresa del conocimiento. En 2006, bajo el título *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*<sup>20</sup>, Rescher publica nuevamente sobre la temática y, en esa ocasión, vuelve a demarcar la distancia entre su propuesta conceptual y la de Ullmann-Margalit. Refiriendo-se a ella afirma:

Some writers see presumptions as merely an action-guiding device. But this does not do full justice to the matter. For while practice is indeed at issue with presumption, this can also include the practice of information management – of epistemic or cognitive procedure<sup>21</sup>.

De acuerdo con Rescher, además de los contextos prácticos en que las presunciones reconocidamente desempeñan una función importante, ellas también se hacen presentes en áreas de esfuerzo de carácter cognitivo: *comunicación, investigación, ciencia y filosofía* representan contextos en los cuales la idea de “making a good case” igualmente cobra sentido.

Por esta razón, para Rescher es posible apuntar hacia *dos tipos de presunción: presunciones prácticas y presunciones cognitivas*. Presunciones prácticas serían las formuladas con el propósito de guiar

<sup>18</sup> ULLMANN-MARGALIT, 1983, p.147.

<sup>19</sup> RESCHER, 1977.

<sup>20</sup> RESCHER, 2006.

<sup>21</sup> RESCHER, 2006. p. 11.

**Entiendo que las presunciones pueden incorporarse a una agenda comprometida epistémicamente, sin incompatibilidad con su reconocida relevancia en los contextos de deliberación práctica**

nuestras decisiones acerca de nuestras las acciones (por ejemplo, las presunciones jurídicas), presunciones cognitivas serían las establecidas con el propósito de responder nuestras cuestiones y llenar las lagunas que se nos presentan en el manejo de información<sup>22</sup>.

Para el autor, a depender del contexto en que la presunción se encuentre, tendrá ella que verse con *distintos propósitos*. De ser así, el propósito del derecho puede ser deliberativo y práctico, y por supuesto que la aplicación de las reglas de presunción en este contexto puede resultar en que proposiciones falsas produzcan efectos jurídicos definitivos que solo las proposiciones verdaderas deberían ser capaces de producir. Sin embargo, el reconocimiento de que las presunciones así operen en el contexto del derecho está lejos de significar que en otros contextos las presunciones no puedan funcionar como una herramienta capaz de acercarnos cada vez más a proposiciones justificadas y verdaderas - así también sea posible que en algunas ocasiones, por falta de mejores opciones, las presunciones conlleven agentes interesados en acumular informaciones adecuadas sobre el mundo a tener por verdaderas proposiciones falsas. Lo que hace Rescher es reconocer que la empresa del conocimiento y el manejo de informaciones sobre como el mundo es formado de proposiciones fácticas no creídas - sino que aceptadas como verdaderas en un grado de exigencia inferior. Dichas proposiciones son verdades tentativas, provisionales, de las que el agente interesado en investigar las relaciones entre hechos, ocurrencias, necesita partir. En otras palabras, puede que las presunciones ofrezcan la mejor alternativa en ese entonces y esto es compatible con que se mantengan *abiertamente revisables, reemplazables* por otras mejores respuestas que vayan surgiendo. Para Rescher, la empresa científica no se compone exclusivamente de creencias, sino que las creencias encuentran su punto de partida, tal vez su fundamento, en proposiciones tentativas. Hay en Rescher un reconocimiento de una función epistémica que puede ser satisfecha por las presunciones y esto es lo que en su teoría presenta un contraste a la teoría de Ullmann-Margalit. De mi parte, acompaño a Rescher. Entiendo que las presunciones pueden incorporarse a una agenda comprometida epistémicamente, sin incompatibilidad con su reconocida relevancia en los contextos de deliberación práctica (de los cuales, es cierto, el derecho se configura un muy fructífero ejemplo).

<sup>22</sup> RESCHER, 2006, p. 27.

#### 4. CONCLUSIÓN

Con esto, termino la exposición de dos objeciones que creo son adecuadas al tratamiento concedido por Ullmann-Margalit a la temática de las presunciones: la primera objeción se refiere a la imprecisión de la descripción de lo que serían las presunciones jurídicas. Si su objetivo era partir de cómo las presunciones efectivamente son en el derecho, creo que que la autora no logra describir con detalles los distintos efectos jurídicos a que la aplicación de distintas reglas identificadas como presunciones son capaces de desprender. Así sea cierto que el contexto jurídico ofrece ejemplos muy útiles a quien se interese por teorizar sobre las presunciones, creo que es posible hacerlo llevando en cuenta en el análisis el complejo estado de cosas en el que se encuentran las presunciones jurídicas, sin dar a entender a los menos cercanos al contexto jurídico que habría algo homogéneamente identificado como presunción, o que fuera posible identificarlas desde una estructura siempre presente. Precisamente es la ambigüedad de que todavía padecen las presunciones jurídicas el estímulo que los teóricos del derecho encontramos para reflexionar y proponer alternativas de su redefinición<sup>23</sup>. La segunda objeción se dirige a la contundente defensa de que las presunciones pertenecen a los contextos prácticos. Con Rescher. creo que se pierde mucho la vinculación exclusiva entre presunciones y la deliberación práctica. Porque de que las presunciones funcionen como una adecuada herramienta de conclusión sobre los hechos a contextos que necesiten una respuesta definitiva (como las decisiones judiciales) no se concluye que sean incompatibles a contextos en los que represente un punto de partida tentativo y dejado en abierto.

No es demás aclarar que las objeciones aquí expuestas no pretenden más que reconocer la influencia de la labor de Ullmann-Margalit no solo para los que se dedican a la teoría de la acción, al razonamiento práctico en el interior de la filosofía, sino que también al desarrollo de una filosofía analítica del derecho. Si el derecho ha sido el punto de partida para Ullmann-Margalit a modo de ofrecer tratamiento fi-

<sup>23</sup> Algunos trabajos dedicados a ofrecer tratamiento a la ambigüedad de que el término “presunción” padece en el derecho: TARUFFO, 1991; GASCÓN ABELLÁN, 2004; MENDONCA, 1998; AGUILÓ REGLA, 1999; AGUILÓ REGLA, 2006; FERRER BELTRÁN, 2012; GAMA, 2011; GAMA, 2013.; ALLEN, 1981; ALLEN, 1982.

losófico a las presunciones, no cometo ninguna exageración cuando afirmo que el paper de 83 se ha convertido en un punto de referencia de todos los que nos dedicamos, desde la metodología analítica, a la temática de las presunciones jurídicas.

## REFERENCIAS

- AGUILÓ REGLA, Joseph. Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca. *Doxa*, vol. 22, p. 649-660, 1999.
- \_\_\_\_\_. Presunciones, verdad y normas procesales. *Isegoría* vol. 35, p. 9-31, 2006.
- ALLEN, Ronald J. Presumptions in Civil Actions Reconsidered. *Iowa Law Review* vol. 843, p. 843-867, 1981.
- \_\_\_\_\_. Presumptions, Inferences and Burden of Proof in Federal Civil Actions - An Anatomy of Unnecessary Ambiguity and a Proposal for Reform. *Northwestern University Law Review*, vol. 76, no. 6, p. 892-912, 1982.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Madrid: La Ley, 2006.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. In: Martí Marmol, Josep Lluís; Moreso, Josep-Joan (Orgs.). *Contribuciones a la filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- GAMA, Raymundo. *Las presunciones en el derecho y la argumentación*. Tesis doctoral. Alicante, 2011.
- \_\_\_\_\_. Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental. *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 19, p. 65-89, 2013.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- MENDONCA, Daniel. Presunciones. *Doxa*, vol. 21, no. 1, p. 83-98, 1998.
- RESCHER, Nicholas. *Dialectics: A Controversy-Oriented Approach to the Theory of Knowledge*. New York: State University of New York Press, 1977.

\_\_\_\_\_. *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*. New York: Cambridge University Press, 2006.

TARUFFO, Michele. Presunzioni (Diritto Processuale Civile). *Enciclopedia Giuridica Teccom*, vol. XXIV, p. 1-5, 1991.

THAYER, James Bradley. Presumptions and the Law of Evidence. *Harvard Law Review*, vol. III, no. 4, p. 141-166, 188.

ULLMANN-MARGALIT, Edna. On presumption. *The Journal of Philosophy*, vol. 30, p. 143-163, 1983.

\_\_\_\_\_. Holding true and holding as true. *Synthese*, vol. 92, p. 167-187, 1992.



## NOTES ABOUT STATISTICAL EVIDENCE

### Notas sobre a prova estatística

Michele Taruffo

Catedra de Cultura Jurídica,  
Universitat de Girona,  
Espanha. Università degli  
Studi di Pavia, Itália.  
michelino.taruffo@unipv.it

Autor convidado.

#### ABSTRACT

The essay deals with some of the problems concerning the use of statistics in evidentiary inferences. Limits and conditions of such a use are explained, with reference to the modern theory of evidence and proof.

**Keywords:** Evidence Law, Legal Proof, Statistics.

#### Resumo

Este artigo aborda alguns dos problemas concernentes ao uso da estatística em inferências probatórias. Os limites e as condições de tal uso são explicadas, com referência à teoria moderna da prova.

**Palavras-chave:** Direito Probatório, Prova Legal, Estatística.

#### 1. INFERENCE AND DECISION

These notes do not deal with the whole complex problem of “forensic statistics”, on which there is a relevant amount of literature<sup>1</sup>. Rather, they are aimed at stressing some doubtful and disputable topics that should be considered when the use of statistics in judicial processes is analyzed.

A first set of relevant questions arises when one deals with the basic problem of any judicial decision, that is: the inference – or, more frequently – the set of inferences that are based upon the relevant evidence at hand and the conclusion concerning the truth or

<sup>1</sup> See mainly FROSINI, 2002.

falseness of the statements concerning the facts in issue. However, before dealing with such basic problems a couple of premises should be clarified. One of these premises is that the decision about those facts is not conceived as an irrational and merely subjective spiritual act, as it is with the *intime conviction* of the French criminal system<sup>2</sup>, but – rather – as a reasoning made according with rational models and logical principles. Then it may be interpreted as a set of logical inferences<sup>3</sup>. The second prem is that when one speaks of *judicial truth* there is no reference to any idea of “absolute” truth, that is of something that cannot be achieved in any judicial process (as well as in other areas of human experience and even of science). Then the judicial truth has to be intended as a *relative* truth, not in the subjective sense that each individual has his own personal truth, but in the objective sense that any conclusion about the facts in issue is based upon the evidence that is available in each specific case. Then such a truth is a *matter of degree* depending on such evidence, or – as it may be said – a matter of *approximation* to the unattainable “true” truth of those facts. That’s why this idea may also be expressed in terms of *probable truth* or of *probability of truthfulness* of the factual statements<sup>4</sup>.

On the basis of these premises the fundamental problem may be stated in these terms: whether, and if yes in which way, the reference to statistics may be used as evidence concerning a specific individual fact (for instance: a particular causal connection), that is usually the subject matter of a judicial case<sup>5</sup>. Of course this problem arises because the common opinion is that statistics refer to a frequency of a situation within a given relevant population or set of cases and are useful for predictions, although predicting a specific fact is extremely difficult<sup>6</sup>, but they cannot say anything about individual past events<sup>7</sup>. Then the problem may be interpreted as dealing with the structure of the legal connection between statistics and conclusions concerning the specific fact in issue.

<sup>2</sup> See TARUFFO, 2009, p. 87, 161 and 244.

<sup>3</sup> See TARUFFO, 2009, p. 207.

<sup>4</sup> On these complex topics see again TARUFFO, 2009, p. 74 and 90.

<sup>5</sup> But for different situations see infra, 3.

<sup>6</sup> See FROSINI, 2002, p. 22.

<sup>7</sup> See FROSINI, 2002, p. 9 and 149.

### 1.1 Naked Statistical Evidence?

The problem of the inferences connecting rationally the evidence at hand with a conclusion concerning the facts in issue may be interpreted – and actually is interpreted – on the basis of various conceptual models. A complete analysis of all these models cannot be made here, then a specific attention will be paid only to those models in which statistics may be or are actually used.

First of all, however, one of these models may be set aside immediately, that is: the theory according to which the so-called *naked statistical evidence* may support a conclusion about the facts in issue even when there is no other evidence. It is a well-known and disputed theory<sup>8</sup>, but a full discussion of it is not relevant here, because of at least two reasons. One is that in the administration of justice there is no interest in paradoxes as those of the blue bus or the public of a rodeo<sup>9</sup>. The judge does not play with paradoxes: he has to deal with specific and concrete empirical facts that occurred in the past. Another reason is that – as it is commonly said – statistics have nothing to say about specific past facts, since they deal with populations or sets of events and – moreover – are oriented towards the future rather than towards the past<sup>10</sup>. This does not prevent, of course, the reference to statistics in the analysis of the evidence, but it shows that *naked* statistics cannot be taken as an autonomous and sufficient item of evidence.

### 1.2 Bayesian Probability?

Among the approaches to the problem of judicial decision on facts there is a very well-known theory that has been developed in the last decades mainly – but not only<sup>11</sup> – in the United States, according to which the evidentiary inferences should be made in terms of *quantitative probability*, and mainly by applying the so-called *Bayes' theorem*. In this way, it is said, the judge may arrive at a conclusion in terms of a percent degree of probability of the statement concerning the fact in issue. The problem that would be solved in this way is to establish which one, among various hypotheses (or among several

<sup>8</sup> See FROSINI, 2002, p. 12 and 65.

<sup>9</sup> About these paradoxes see FROSINI, 2002, p. 86, also for other references.

<sup>10</sup> See e.g. FROSINI, 2002, p.17.

<sup>11</sup> In the Italian literature see mainly GARBOLINO. See also FROSINI, 2002, p. 45; TARUFFO, 1992, p. 169.

**The judge does not play with paradoxes: he has to deal with specific and concrete empirical facts that occurred in the past.**

causes) is most probably connected with this statement. In this model, the function of statistics is to provide *a priori* probabilities concerning the different hypotheses (or causes) about an event, and the theorem permits to determine the *a posteriori* probability of this event in connection with the relatively best hypothesis or cause<sup>12</sup>.

There is no doubt about the mathematical validity of the Bayes' theorem that actually is used in a broad variety of contexts. The problem, however, is to understand whether the Bayesian calculus may be taken – as its supporters say – as the general model of the judge's reasoning about the evidence. If the question is stated in such general terms, the answer cannot be but negative, for several reasons. One of these reasons is that only sometimes – but for sure not always – the judge has to decide which is the more probable evidence or the more probable cause of an event. When, as it more often happens – the judge has just to establish whether a fact occurred or did not occur on the basis of some items of evidence at hand, there is no problem about alternative hypotheses or various possible causes of that fact. The problem may simply be to establish whether a fact X (the only possible cause) provoked or did not provoke the effect Y (i.e. the fact in issue). In all these cases, it seems that there is no possible use of the Bayes' theorem<sup>13</sup>.

But even assuming that the theorem could be hypothetically applied, its use may be impossible. Here the problem is that in many – or most – cases in a judicial context there are no statistics to be used as probabilities *a priori*, because of the simple fact that such information is lacking. Then the Bayesian calculus cannot be performed<sup>14</sup>. In order to save this possibility even when an objective statistical information is not at hand, it is sometimes said that one should use *subjective* evaluations of the frequency of a given hypothesis or cause, and such estimates should be taken as probabilities *a priori* upon which the calculus could be based<sup>15</sup>. But even admitting hypothetically that in some contexts such a subjective version of probability may be accepted, this is not the case of judicial contexts. On the one hand, in fact, the decision has to be made by the judge on the basis of *objective*

<sup>12</sup> See e.g. GARBOLINO, 2014, p. 88; FROSINI, 2002, p. 49.

<sup>13</sup> See FROSINI, 2002, p. 99.

<sup>14</sup> More broadly see TARUFFO, 1992, p. 175.

<sup>15</sup> See e.g. GARBOLINO, 2014, p. 92 and 95; FROSINI, 2002, p. 53 and 98.

items of evidence assessed in a rational and controllable way, not on the basis of the judge's subjective biases and personal evaluations of any merely supposed frequency of any event. On the other hand, it is well known that one of the most frequent *fallacies* in the common reasoning is just that of quantifying arbitrarily and subjectively any supposed frequency of anything<sup>16</sup>. In a word: inventing nonexistent and fictitious statistics is a very bad kind of reasoning.

Moreover, one of the last supporters of the Bayesian method for judicial decisions underlines that up to date the development of the theory has reached only the situation in which there is just one specific item of evidence, but that the theory is not yet applicable when there are several items of evidence<sup>17</sup>. Unfortunately for the theory, however, the reality of judicial processes is that usually there are several – and in some cases many – different items of evidence, with the further problem that some of them are favorable and some are contrary to a specific conclusion about the facts in issue. This means that even if one accepts the Bayesian theory, he cannot apply it in a large number of cases: therefore, once again it cannot be taken as a general model for judicial decisions.

**A more positive and fruitful approach to the problem of the judicial use of statistics requires a due consideration of the inferences by which evidence is connected to a conclusion concerning the facts in issue.**

## 2. INFERENCE MODELS

A more positive and fruitful approach to the problem of the judicial use of statistics requires a due consideration of the inferences by which evidence is connected to a conclusion concerning the facts in issue. The set of such inferences is sometimes very complex and may be analyzed by means of different logical models. However, such an analysis cannot be properly developed here. Therefore, for sake of simplicity, attention may be paid just to two of the main models of inferences in which statistics may be involved.

One of these models is the Hempel's model of a *nomological-deductive* inference. It is relevant in the theory of judicial decision mainly because of the reference made by Federico Stella<sup>18</sup>. This kind of inference is so called because it connects a premise with a conclusion on the basis of a *general covering law*, and therefore

<sup>16</sup> See NISBETT and ROSS, 1989, p. 55, 123, 159 and 228; TARUFFO, 1992, p. 176.

<sup>17</sup> See GARBOLINO, 2014, p. 310.

<sup>18</sup> See STELLA, 2003, p. 239. See also TARUFFO, 2012, p. 226 and FROSINI, 2006, p. 307.

the conclusion is certain in a *deductive* way. So far, however, we are simply dealing with a modern version of the Aristotelian syllogism, and there is no problem of statistics. The problem arises when the reference is made to a *quasi* nomological-deductive model, which is to a *probabilistic* version of the original model. It happens when there is not a covering general law, but there is a *statistical frequency* of the connection between premise and conclusion, and such a frequency has an especially high value (of 90% or even more). In such a case it is said that the conclusion may be considered as *practically certain*, since its truth is highly probable. There are, however, some criticisms that can be addressed to this theory. On the one hand, it may be said that it does not represent what normally happens in judicial contexts, where the reference to general laws, but also to very high probabilities, is not impossible but is not frequent. Then this model cannot be taken as a general model of judicial inferences.

On the other hand, the role of statistics in such a model deserves to be properly defined. It seems clear that if there are statistics suggesting that A provokes B in 95% of the cases, it provides a good reasonable justification for believing that most probably A provoked B also in the specific case. But it would be incorrect to say that in such a case the occurrence of B has a 95% probability, since statistics provide frequencies but do not say anything about a specific instance. Rather, it could be said that in such a case the statistical frequency offers a nice justification for a *practical decision*. In other words, a judge would be reasonably justified in taking the conclusion of the inference *as if* such a statement were highly probable, and to behave *as if* it were true. However, it is said that to speak of practical certainty is possible only when the probability is higher than 99%<sup>19</sup>.

It seems, therefore, that the reference to statistics may play a relevant role in providing a rational justification for judicial decisions, but here a further problem arises. Actually such a justification may be rational when the probability at stake is very high (that is when the statistical information is *quasi general*) mainly because in such cases the rate of error is very low, and then the probability of a wrong decision is also very low, or at any rate *tolerable*. But what about the much more frequent case in which the statistical frequency is

<sup>19</sup> See FROSINI, 2002, p. 130.

lower (for instance, of 80% or 70%), and then taking the conclusion of the inference “as if it were true” has a much higher probability to be wrong? Moreover: what about the case in which the statistical frequency is low or very low (for instance 30% or 20%), with the corresponding high probability of error concerning the conclusion<sup>20</sup>?

In a sense, and in general, it could be roughly said that the *degree of confidence* (or of *belief*) in the truthfulness of the conclusion depends on the degree of probability of the statistics that are used as the basis of the inference. Then, if this degree is low, the conclusion of the inference cannot be taken as reliable, and the inference cannot be taken as an independent and sufficient item of evidence.

This does not mean that only statistics with high probabilities should be used, since also low probabilities may be useful<sup>21</sup>. However, an important aspect of the problem is whether and when statistics may or may not be sufficient to achieve the standard of proof that is required in each specific case<sup>22</sup>, although it may be admitted that even “low” statistics may be sometimes relevant as a support of a conclusion about the facts in issue<sup>23</sup>. Here the main problem is to establish whether or not several statistics, each one not sufficient *per se* to support a conclusion, may be *combined* in a coherent set of inferences, so that a conclusion about a causal connection may be finally justified<sup>24</sup>.

Similar remarks can be made about another logical model of inference that is used in epistemology and also in the analysis of judicial decisions<sup>25</sup>. It is the type of inference studied by Stephen Toulmin<sup>26</sup>, according to which a hypothesis H may be supported by an evidence E on the basis of a warrant W. This type of inference may be considered as the simple and atomic element that – in various combinations – forms complex sets of inferences, in various contexts and even in the judicial reasoning about evidence and factual hypotheses<sup>27</sup>. It is clear that the most important

**Here the main problem is to establish whether or not several statistics, each one not sufficient *per se* to support a conclusion, may be *combined* in a coherent set of inferences, so that a conclusion about a causal connection may be finally justified.**

<sup>20</sup> About the medium-low frequencies see STELLA, 2003, p. 350.

<sup>21</sup> But see *infra*, 3.1., and STELLA, 2003, p. 350.

<sup>22</sup> About the standards of proof see *infra*, 4.

<sup>23</sup> See STELLA, 2003, p. 350.

<sup>24</sup> For a positive answer see HAACK, 2014, p. 209, 218, 222, 225.

<sup>25</sup> See e.g. HAACK, 2003, p. 60; GONZÁLEZ LAGIER, 2013, 55; TARUFFO, 2009, p. 207.

<sup>26</sup> See TOULMIN, 2008, p. 91.

<sup>27</sup> See mainly TARUFFO, 2009, p. 209.

factor of the inference is the warrant, since the conclusion about H depends essentially on it<sup>28</sup>. When the W is a general law, once again we have a version of the syllogism and the conclusion is that H is deductively certain. But at least two problems arise when W is something different.

One of these problems deals with the case in which W is a *generalization*. If, following Frederick Schauer, there is a generalization that corresponds with a universal law<sup>29</sup>, once again the inference has a deductive character. In other cases, there may be a generalization that is not properly general but that corresponds to what is considered as “normal”, more frequent and familiar, in the given situation. Here the inference is not deductive but if such generalizations are used as W in the Toulmin model, the conclusion may be that H is reasonably justified<sup>30</sup>. But of course this does not happen when the generalization is *spurious*, being devoid of any epistemic meaning and of any correspondence with the reality<sup>31</sup>. In such a case, of course, this kind of warrant cannot give any outcome in terms of rational justification of H. Then the problem is that in each case in which *common sense generalization* (corresponding to the Italian notion of *massime d’esperienza*)<sup>32</sup> are used as W, their nature and meaning, and their epistemic foundation, has to be carefully checked and eventually denied, since – as William Twining writes<sup>33</sup> – the “stock of knowledge” that is typical of common sense is an “ill-defined agglomerate of beliefs”, that is a “complex soup of more or less well-grounded information, sophisticated models, anecdotal memories, impressions, stories, myths, proverbs, wishes, stereotypes, speculations and prejudices”.

The situation may be less complex and uncertain when there are statistics that may be used as W, but here again a relevant problem arises. As it was said above, a statistical frequency with a high (how much?) probability may provide a good *practical* reason to take H as confirmed “as if it were true”, and then it may be used as a W. But

<sup>28</sup> See e.g. TARUFFO, 2009, p. 208.

<sup>29</sup> See SCHAUER, 2003, p. 7.

<sup>30</sup> See SCHAUER, 2003, p. 7, 10, 55 and 108.

<sup>31</sup> See SCHAUER, 2003, p. 7, 12, 17, 137 and 152.

<sup>32</sup> About such a notion, which is common also to other procedural cultures, see TARUFFO, 2012, p. 225; TARUFFO, 2009, p. 210.

<sup>33</sup> See TWINING, 2006, p. 338.



then an open question deals once more with frequencies lower than “quasi 100%”, and also, in general, with low frequencies. In these cases, in fact, the best that can be said is that such statistics provide a low level of W, and then they do not offer a sufficient confirmation – if taken alone – of H.

**The domain in which the use of statistics is by far more frequent is that of the so-called scientific evidence.**

### 3. SCIENTIFIC EVIDENCE

The domain in which the use of statistics is by far more frequent is that of the so-called *scientific evidence*. Actually in the last decades, and mainly after the *Daubert* decision issued in 1993 by the Supreme Court of the United States<sup>34</sup>, this kind of evidence has become almost usual in the civil and criminal justice of several countries. The need for the trier of fact (judge or juror) to use scientific knowledge that does not belong to his culture, since he is only an “average man” from this point of view, has become a daily duty when the case needs to be properly and carefully decided with reference to the facts in issue. On the other hand, the great development of many branches of science, mainly – but not only – in various areas of medicine and genetics, provides a wide array of techniques that may be useful, and then should be used, in order to make such a decision.

The literature concerning such a complex and evolving phenomenon is immense, in the United States as well as in other countries, but a fair overview may be achieved by looking at the 1.000 pages of a basic text in which several essays are collected about the main examples of scientific evidence and some of the problems they raise. It is the *Reference Manual on Scientific Evidence*. It includes essays concerning several types of scientific evidence, such as DNA test<sup>35</sup>, exposure science<sup>36</sup>, epidemiology<sup>37</sup>, toxicology<sup>38</sup>, neurosciences<sup>39</sup> and mental health<sup>40</sup>, but also about evidence of economic damages<sup>41</sup>

<sup>34</sup> The literature about Daubert and its effect is immense and includes thousands of essays and dozens of books. In the Italian literature see e.g. STELLA, 2003, p. 458; FROSINI, 2002, p. 41; DOMINIONI, 2005, p. 137; TARUFFO, 1996; DONDI, 1996.

<sup>35</sup> KAYE and SENSABAUG, 2011, p. 129.

<sup>36</sup> RODRIKS, 2011, p. 503.

<sup>37</sup> GREEN, FRIEDMAN and GORDIS, 2011, p. 549.

<sup>38</sup> GOLDSTEIN and HENIFIN, 2011, p. 633.

<sup>39</sup> GREELY and WAGNER, 2011, p. 747.

<sup>40</sup> APPELBAUM, 2011, p. 813.

<sup>41</sup> ALLEN, HALL and LAZEAR, 2011, p. 426.

and engineering<sup>42</sup>. Moreover, there are also essays concerning the use of statistics<sup>43</sup> and multiple regressions<sup>44</sup>, considering the great importance of such calculations in all the areas of scientific evidence. However, in the modern idea of science other areas of knowledge that are not considered in the *Manual* are included, such as psychology, sociology, economy, anthropology, and so forth.

Considering the variety and the dimensions of what we now call scientific evidence, it is clearly impossible to try to develop here a detailed analysis of the role that statistics have in all these different domains. However, some general aspects of the phenomenon deserve to be stressed.

A first important aspect is that each science – hard or human – and even each specific branch of every science, has its own particular paradigms, protocols and methods of inquiry, with the obvious consequence that they provide different kinds of knowledge, with different degrees of epistemic support, and then different kinds of evidence. There is no unique and common scientific method, and therefore there is no unique idea or theory of scientific knowledge: correspondingly, even the idea of scientific evidence is fragmented into a lot of different kinds of information. This is the fundamental problem of scientific evidence, at least after *Daubert*, considering that – according with the principles affirmed in this judgment – any item of evidence is admitted into a judicial process only if it is scientifically valid and fits with the particular facts in issue as a possibly useful information about them. When statistics are used as an evidence, or as a part of the inquiry leading to any kind of scientific evidence, they must be reliable, properly calculated, correctly interpreted and carefully analyzed from the point of view of their relevance for a decision about the facts in issue<sup>45</sup>.

The necessary reference to the facts of the case leads to another important problem, which deals with the evidentiary use of statistics. A good example of this problem is the use of statistics in epidemiology, mainly when the decision deals with the causation

<sup>42</sup> ROBERTSON, MOALLI and BLACK, 2011, p. 897.

<sup>43</sup> KAYE and FREEDMAN, 2011, p. 211.

<sup>44</sup> RUBINFELD, 2011, p. 303.

<sup>45</sup> See mainly KAYE and FREEDMAN, 2011, p. 216, 230, 240 and 260, but these aspects are analyzed in all the specific essays included in the *Manual*.

**The necessary reference to the facts of the case leads to another important problem, which deals with the evidentiary use of statistics.**

between facts. In most cases, actually, a judicial case deals with a specific and individual factual situation, such as: “at the time  $t$  in the place  $p$  the fact  $f$  provoked the effect  $e$ ”. Then this would be a case of *individual or specific causation* in which a particular event is taken as the cause of a particular consequence. But epidemiology deals essentially with the so-called *general causation*, that is with the statistical frequency of the occurrence of a “type” of event (that is “facts of the kind  $A$  provoke the effect of the type  $E$  in the  $X\%$  of cases representing the relevant population”)<sup>46</sup>. Then the problem is that (except what we shall see later....) an epidemiological statistical frequency has nothing to say about the probability of the causal connection in a case of specific causation. This is not to say that such a frequency is completely useless, but it means that it is not sufficient, *per se*, to prove the individual causation<sup>47</sup>.

On the other hand, the statistical evidence of a general causation may be used *directly* – so to speak – as an evidence when the subject matter of the case deals with the *risk* or the *increasing risk* of damages provoked for instance by the exposure to dangerous materials, by the use of toxic medicament or by environmental pollution. Such a risk may be the subject matter of the case, for instance when a factory is sanctioned for not introducing protective measures preventing pollution or intoxication. In such cases the risk of damage – an example of general causation – is properly the main fact in issue, and then the epidemiological evidence may provide directly the proof of this fact. In general terms, so to speak, statistics may be properly used as evidence when the case does not deal with specific *past* events of individual causation, but deals with *future* probabilities of the occurrence of given events in a given population, since in these cases the frequency of such events in just a relevant aspect of the decision. Something similar happens when the case is a *class action* dealing with *mass torts*, when the number of individual harms cannot be established in a specific way, and then the dimension of the damages has to be determined by means of statistics concerning the population exposed to the risk<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> See e.g. KAYE and FREEDMAN, 2011, p. 551 and 597, FROSINI, 2002, p. 37; STELLA, 2003, p. 294.

<sup>47</sup> About low epidemiological frequencies see STELLA, 2003, p. 352.

<sup>48</sup> See TARUFFO, 2016; GIUSSANI, 2016.

### 3.1 A Doubtful Example: Toxic Torts

Toxic torts are the domain in which the reference to statistics, mainly provided by epidemiology, is most frequent. However, it is also the domain in which the use of statistical evidence raises several problems<sup>49</sup>.

First of all, it is commonly said that in the cases concerning toxic torts the general causation of the toxic effects of the use of dangerous medicaments or of the exposure to dangerous materials needs to be properly demonstrated, and then the specific causation of such effects in individual cases<sup>50</sup>. As to the proof of general causation there are no special problems since – as abovementioned – statistics may provide such a proof. The problem arises concerning the proof of specific causation: it is usually said that statistical probabilities have nothing to say about specific causation<sup>51</sup>, but sometimes it is also said that statistics *may* prove such a causation, since they could provide a proof that achieves the civil standard of the preponderance of evidence, that is a probability of at least 51%<sup>52</sup>.

Several American courts have accepted this theory<sup>53</sup>. The main argument is – in extreme synthesis – the following: if the *relative risk* of disease of those who used the medicament or were exposed to the dangerous material<sup>54</sup> is *two times* the risk of the non-users or unexposed, *therefore* in such cases there would be a proof of the specific causation in the individual cases, because the standard of the more probable than not has been achieved. Moreover, sometimes it is said that the statistics showing the *double risk* are a *sufficient* proof of the specific causation, and sometimes it is even said that such statistics are *necessary* to prove such causation<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> See e.g. FROSINI, 2002, p. 59.

<sup>50</sup> See GREEN, FREEDMAN and GORDIS, 2011, p. 552.

<sup>51</sup> See e.g. RUBINFELD, 2011, p. 319.

<sup>52</sup> About this standard see *infra*, 4.

<sup>53</sup> See GREEN, FREEDMAN and GORDIS, 2011, p. 608, and broadly HAACK, 2014, p. 264, also for specific and analytical references.

<sup>54</sup> The relative risk is the ratio between the rate of diseases in those who used the medicament or were exposed and the rate of the same disease among non-users or non-exposed. See GREEN, FREEDMAN and GORDIS, 2011, p. 566.

<sup>55</sup> For analytical references and an analysis of such cases see HAACK, 2014.

There is no need to develop here a thorough analysis of this argument, but some critical remarks are necessary, notwithstanding the positive opinion shared by several courts and by some writers<sup>56</sup>.

First of all, one may be inclined to believe that if – for instance – the non-users of the medicament or the nonexposed suffer the disease in the proportion of 5% of the relevant population, and the users or the exposed suffer the same disease two times more (that is with a risk of 2), the outcome would be that for the users or the exposed the risk of such a disease is of 10%, but this would not say anything about the specific causation concerning particular individuals. It would just be information about the general causation in the population of the users or of the exposed, but nothing more. After all, a probability of 10% of risk for users and exposed may be relevant within the general assessment of evidence, but it is in no way equivalent to a probability of 50% in any case of specific causation.

On the other hand, even admitting that the double risk produces a probability of 50% in specific cases, this does not mean that the standard of the preponderance of evidence (or of the more probable than not) is achieved: 50% is not preponderant upon another 50%, then with 50% of probability the proof is not reached.

Moreover, in a recent essay<sup>57</sup> Susan Haack provides various epistemological arguments showing that the double risk is neither necessary nor sufficient to prove a specific causation. It is not necessary because such causation may be demonstrated, by any other kind of evidence, even when the double risk does not exist, as when, for instance, it is of 1,9 or even lower. In such cases the reference to the ratio of the risk may be useful together with other evidence, but it is never decisive and should not necessarily be of 2. The double risk is not sufficient because the statistical frequency of the risk is not *per se* a proof of what happened in specific cases. Therefore, once again, the knowledge of such a frequency may be useful if considered as a concurring information in the context of all the evidence available, but individual causation is not demonstrated only by the double risk.

<sup>56</sup> See again GREEN, FREEDMAN and GORDIS, 2011, p. 611; HAACK, 2014, p. 269.

<sup>57</sup> See HAACK, 2014, p. 264 and 285.

**(...) sometimes it is said that the statistics showing the double risk are a sufficient proof of the specific causation, and sometimes it is even said that such statistics are necessary to prove such causation.**

#### 4. STANDARDS OF PROOF

Every time in which one speaks of the “sufficiency” of the evidence to support a conclusion about the facts in issue the problem is to establish when the evidence available is or is not sufficient for this purpose. In the legal language it is the problem of the so called *standard of proof*, that is of the threshold that should be achieved – by the evidentiary inferences – in order to conclude that the fact has been duly proven, that is: that the statement concerning such a fact has received a proper degree of logical confirmation (or justification) by the evidence at hand. Here the problem is relevant because in several cases the standards of proof are defined in terms of statistical probabilities.

However, as a preliminary remark it should be underlined that in several procedural systems – mainly in the *civil law* area – there are no numerical definitions of these standards, and the decision about whether or not a sufficient degree of proof of the facts in issue has been reached is left to a discretionary assessment of the trier of fact (usually a professional judge). In some cases, and the main example is the French criminal procedure, such a judgment is left to so-called *intime conviction* of the judge or of the jurors, that is to a merely subjective and basically irrational decision. In other cases, such as in the Italian and Spanish civil procedure, it is assumed that such an evaluation is made rationally<sup>58</sup>, i.e. by applying rational criteria (such as the Spanish *sana crítica*)<sup>59</sup>, but no numerical or probabilistic standards are established.

Correspondingly, the homeland of statistical standards are the common law systems, and specially the American one, but they are a very common point of reference even for other systems, and then some remarks are deserved here.

A very well-known standard for a criminal judgment, which is followed in more or less explicit ways also in other systems, as for instance in Italy after a recent reform<sup>60</sup>, says that a criminal condemnation is possible if and only if the defendant’s liability is established *beyond any reasonable doubt* (BARD). Such a standard

<sup>58</sup> About the Italian system see TARUFFO, 2011, p. 519.

<sup>59</sup> See ABEL LLUCH, 2015, p. 54, 86 and 113.

<sup>60</sup> See e.g. STELLA, 2003, p. 154 and 195; FROSINI, 2002, p. 121; GARBOLINO, 2014, p. 461.

belongs to the history of common law<sup>61</sup> and it is used in several judgments of the American Supreme Court, beginning mainly in the Seventies<sup>62</sup>. In the present context it is not relevant in itself, since it may be interpreted simply by saying that it is better to acquit a guilty defendant than to condemn an innocent, but mainly because it is often interpreted in probabilistic terms, by saying for instance that it establishes a 90% or a 95% degree of proof of guilt as a minimum threshold required for condemnation. This interpretation of the BARD standard is very common but it is very doubtful, and there are various reasons to reject it. One of these reasons, argued very convincingly by Larry Laudan<sup>63</sup>, is that any numerical quantification of the standard is meaningless. In particular, what seems impossible is *weighing* in a numerical or statistical scale the *reasonability* of the doubt concerning the guilt of the defendant. Therefore, as it argued by Jordi Ferrer<sup>64</sup>, whether a doubt is reasonable should be established according to *rational*, not numerical, criteria.

In civil cases the common law, and mainly the American system, apply the standard of the *preponderance of evidence*, according to which the factual hypothesis proposed by the plaintiff has to be accepted if its degree of proof is higher than the degree of proof of the defendant's hypothesis. This standard is interesting in the present context because it is commonly said that it means that one of the two hypotheses should have at least a 0.51 (or a 51%) of probability, and consequently the opposed hypothesis should have at best a probability of 0.49 (or of 49%). For this reason it is usually said that the standard is of the *most probable than not*<sup>65</sup>.

This theory is widely accepted by the American courts (not by the English ones)<sup>66</sup>, but it seems almost meaningless to a thorough analysis. On the one hand, it is based on the assumption – which is typical of the American culture of the adversarial process – according to which in any case the judge has always to make a choice between

<sup>61</sup> See SHAPIRO, 1999, p. 1.

<sup>62</sup> See mainly STELLA, 2003, p. 156.

<sup>63</sup> See LAUDAN, 2006, p. 29.

<sup>64</sup> See FERRER BELTRÁN, 2007, p. 144.

<sup>65</sup> In the wide literature about the subject see e.g. MORGAN, 1962, p. 21; CLERMONT, 2013, p. 16; CLERMONT, 2012, p. 60, LILLY, 1996, p. 55; REDMAYNE, 1999, p. 167; JAMES, HAZARD and LEUBSDORF, 1992, p. 339.

<sup>66</sup> See REDMAYNE, 1999, p. 174.

the plaintiff's and the defendant's factual hypotheses. This does not work in other systems (or in other cultures), in which other hypotheses about the facts in issue may be considered, including also the judge's own "third" hypothesis<sup>67</sup>. But the most important problem of this theory is the implicit assumption that the plaintiff's and the defendant's versions of the facts are *complementary*, so that if one version is more probable the other has to be *correspondingly* less probable, and vice versa. Only assuming this premise, in fact, it may be said that if the plaintiff's version is proven at 0.51 *then* the defendant's one has only a probability of 0.49, and therefore should be rejected. But this statement is incorrect: actually in many cases the two hypotheses are not complementary and are simply *different*. Imagine, for instance, that the plaintiff says (A) "Peter provoked to me a damage of 1,000", and Peter says (B) "yes, but I paid 1,000 to the plaintiff". Both A and B may be true, or both may be false, and therefore the degree of probability of one hypothesis does not depend on the degree of probability of the other. Then, if one wants to think in terms of complementary probabilities he has to think of a *positive* hypothesis (A is true) and the corresponding *negative* hypothesis (A is false), since only in this case if A is true at 0.51 then A is false at 0.49, or vice versa. Then the correct way of interpreting the standard is the rule of the *more probable than not*, as it is said to be – but in a doubtful way – the real meaning of the preponderance of evidence.

Even in this case, however, things are not easy. On the one hand, and using the same example, A may be more probable than its negative, and then should be accepted, but also B may be more probable than its negative, and then should also be accepted. And so what? The decision has to be taken according to *legal rules* determining the legal consequences of such a situation, not according to complementary probabilities. Only when A has a probability at least of 0,51 or higher upon its negative, and B's negative has a probability of more than 0.51 A will prevail on B, but only because of legal reasons.

On the other hand, all this way of reasoning is based upon the assumption that probabilities from 0 to 1 may be ascribed to any factual hypothesis, but it is not so. Notwithstanding the

<sup>67</sup> See TARUFFO, 2009, p. 32.



efforts of American courts and common law scholars, it has to be acknowledged that there are no methods that can be properly used in order to determine the numerical values of the preponderance of evidence or of the more probable than not of one or another factual hypothesis<sup>68</sup>.

At any rate, determining standards of proof is a fundamental need in any rational theory of judicial decisions, since the standard establishes whether and when the proof of the facts in issue has been achieved. This does not mean that the American standards should be taken as models, and also it does not mean that there should be different standards for criminal cases and for civil cases. Rather, it may be admitted that several standards of proof may be determined, mainly depending on the kind of error distribution that is accepted in any particular situation, and on the basis of several factors such as the value of the amount or the kind of the sanction at stake, the different steps of the judicial proceedings, and so forth. The most important point to stress here is that this is not a theoretical problem: this is a matter for policy options that the lawgivers should make for the various situations in which a decision about the facts in issue has to be made.

**(...) determining standards of proof is a fundamental need in any rational theory of judicial decisions, since the standard establishes whether and when the proof of the facts in issue has been achieved.**

<sup>68</sup> See JAMES, HAZARD and LEUBSDORF, 1992, p. 339.

## REFERENCES

- ABEL LLUCH, Xavier. *Las reglas de la sana crítica*. Madrid: La Ley, 2015.
- ALLEN, Mark; HALL, Robert; LAZEAR, Victoria. Reference guide on Estimation of Economic Damages. In: Federal Judicial Center et al. *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C.: The National Academic Press, 2011. p. 425-502.
- APPELBAUM, Paul. Reference Guide on Mental Health Evidence. In: Federal Judicial Center et al. *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C.: The National Academic Press, 2011. p. 813-896.
- CLERMONT, Kevin. *Standards of Decision in Law: Psychological and Logical Bases for the Standard of Proof, Here and Abroad*. Durham: N.C., 2013.
- \_\_\_\_\_. *Death of Paradox: The Killer Logic Beneath the Standard of Proof*. 88 *Notre Dame L.Rev.*, v. 88, n. 3, p. 1061-1138, fev. 2013.
- DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005.
- DONDI, Angelo. *Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nel diritto statunitense*. *Riv.trim.dir proc.civ.*, p. 261-285, 1996.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.
- FROSINI, Benito Vittorio. *Causality and Causal Models: A Conceptual Perspective*. *International Statistical Review*, vol. 74, n. 3, p. 305-334, dez. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- GARBOLINO, Paolo. *Probabilità e logica della prova*. Milano: Giuffrè, 2014.
- GIUSSANI, Andrea. Proof of causation in group litigation. In: Martín-Casals, M.; Papayannis, D. M. (Ed.). *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2016. p. 240-249.
- GOLDSTEIN, Bernard; HENIFLIN, Mary Sue. Reference Guide on Toxicology. In: Federal Judicial Center et al. *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C.: The National Academic Press, 2011. p. 633-686.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Questio facti: ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Fontamara, 2013.

GREELY, Henry; WAGNER, Anthony. Reference Guide on Neurosciences. In: Federal Judicial Center et al. *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C.: The National Academic Press, 2011. p. 747-812.

GREEN, Michael; FREEDMAN, D. Michal; GORDIS, Leon. Reference Guide on Epidemiology. In: Federal Judicial Center et al. *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C.: The National Academic Press, 2011. p. 549-632.

HAACK, Susan. *Evidence Matters: Science, Proof and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

\_\_\_\_\_. *Defending science – within reason. Between Scientism and Cynicism*, Amherst, NY: Prometheus Books, 2003.

JAMES, Fleming; HAZARD, Geoffrey C; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. 4<sup>th</sup> ed. Boston: Little Brown, 1992.

KAYE, David; FREEDMAN, David. Reference Guide on Statistics. In: Federal Judicial Center et al. *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C.: The National Academic Press, 2011. p. 211-302.

\_\_\_\_\_; SENSABAUGH, George. Reference Guide on DNA Identification Evidence. In: Federal Judicial Center et al. *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C.: The National Academic Press, 2011. p. 129-210.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006.

LILLY, Graham. *An Introduction to the Law of Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. St. Paul: West Publishing Company, 1996.

MORGAN, Edmund. *Basic Problems of Evidence*. Philadelphia: American Law Institute, 1962.

NISBETT, Richard; ROSS, Lee. *L'inferenza umana. Strategie e lacune del giudizio sociale*. Bologna: Il Mulino, 1989.

REDMAYNE, Mike. Standards of Proof in Civil Litigation. *The Modern Law Review*, vol. 62, n. 2, p. 167-195, mar. 1999.

FEDERAL JUDICIAL CENTER et al. *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C.: The National Academic Press, 2011.

ROBERTSON, Channing; MOALLI, John; BLACK, David. Reference Guide on Engineering. In: Federal Judicial Center et al. *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C.: The National Academic Press, 2011. p. 897-960.

RODRICKS, Joseph. Reference Guide on Exposure Science. In: Federal Judicial Center et al. *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C.: The National Academic Press, 2011. p. 503-548.

RUBINFELD, Daniel. Reference Guide on Multiple Regression. In: Federal Judicial Center et al. *Reference Manual on Scientific Evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C.: The National Academic Press, 2011. p. 303-358.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

SHAPIRO, Barbara. *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. Berkeley: University of California Press, 1999.

STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. III ed. Milano: Giuffrè, 2003.

TARUFFO, Michele. Proving Complex Facts: The Case Of Mass Torts. In: Martín-Casals, M.; Papayannis, D. M. (Ed.). *Uncertain Causation in Tort Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2016. p. 165-175.

\_\_\_\_\_. *La valutazione delle prove*. In: TARUFFO, M (Ed.). *La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2012.

\_\_\_\_\_. *Art.116*. In: Taruffo-Carratta. *Dei poteri del giudice: Art.112-120*. Bologna: Zanichelli, 2011. p. 519.

\_\_\_\_\_. *La semplice verità: Il giudice e la ricostruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.

\_\_\_\_\_. *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*. *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1996. p. 219.

TOULMIN, Stephen. *The Uses of Argument*. upd. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

TWINING, William. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

## EPISTEMIC VIRTUE AND ACCEPTANCE IN LEGAL FACT-FINDING

Pedro Humberto  
Haddad Bernat

Professor da Universidad  
Juárez Autónoma de  
Tabasco.  
pedro.haddad.bernat@  
gmail.com

### Virtude epistemológica e aceitação na investigação dos fatos no direito

#### ABSTRACT

The purpose of this paper is to outline the way in which an epistemic virtue approach can be used to address epistemological issues in law. My claim is that responsibility is the right kind of approach. First, I will briefly examine the difference between this conception and the reliabilist conception of intellectual virtues. Then, I will explore two major reliabilist projects that contain several features required for an appropriate virtue approach to legal fact-finding. Next I will discuss the belief/acceptance dichotomy and attempt to show that it is acceptance – rather than belief – the right type of propositional attitude to be held by legal fact-finders, and that it may be regulated by intellectual virtues. In the end, it will be argued that the conjunction of a reliabilist epistemology and a theory of acceptance constitutes a good theoretical framework for the analysis of legal reasoning about matters of fact.

**Keywords:** Epistemic Virtue, Belief and Acceptance, Reliabilism, Legal Fact-Finding.

Recebido: julho 11, 2016

Aceito: setembro 29, 2016

#### Resumo

O objetivo deste artigo é delinear o modo como uma abordagem a partir da epistemologia da virtude pode ser usada para lidar com questões epistemológicas no direito. Minha alegação é que o responsabilismo é um tipo correto de abordagem. Primeiro, vou brevemente examinar a diferença entre esta concepção e a concepção confiabilista das virtudes intelectuais. Em seguida, vou explorar dois grandes projetos responsabilistas que contêm diversas características requeridas para uma abordagem a partir da teoria das virtudes que seja apropriada para a investigação dos fatos no direito. Depois discutirei a dicotomia crença/aceitação e procurarei mostrar que é a aceitação – e não a crença – o tipo certo de atitude proposicional a ser assumida pelo investigador dos fatos no direito, e que esta atitude pode ser regulada pelas virtudes intelectuais. No final, será argumentado que a conjunção entre uma epistemologia responsabilista e uma teoria da

aceitação constitui um bom quadro teórico para a análise do raciocínio jurídico sobre questões de fato.

**Palavras-chave:** Virtude epistêmica, Crença e aceitação, Responsabilismo, Investigação dos fatos.

## 1. INTRODUCTION

In recent years, there has been an increasing interest in applying virtue epistemology (VE, hereafter) to legal epistemology<sup>1</sup>. This work pretends to be a modest contribution to the field. Rather than aiming at the development of a novel version of VE applicable to law, it merely attempts to show the general features that such an approach would require and to stress a very concrete point: should the display of a virtuous epistemic character by the legal fact-finder have any role in achieving a successful decision about the matters of fact disputed in a trial, it should be acknowledged that what is virtuously produced is not necessarily a belief about the account of facts object of the decision, but an acceptance of it. Given certain peculiarities of the inquiry in question, belief may not necessarily be the propositional attitude held by the inquirer in regard with the account of facts taken as proven.

Our objectives in this work are the following: first, to describe the type of VE that best works for legal fact-finding. Second, to show that any attempt to apply that type of theoretical framework to law must recognize that exercising intellectual virtue in the legal context aids judges or jurors (or whoever is tasked with the finding of facts) in appropriately forming an acceptance -rather than a belief- about the version of facts declared as legally proven.

That being said, the discussion will follow the next order: the first part will sketch two major contributions to the field of VE. One proposed by Linda T. Zagzebski<sup>2</sup>, and another one by James A. Montmarquet<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> A few examples of the literature on the topic are AMAYA, 2008, 2009, 2011, and 2012; LAI, 2012.

<sup>2</sup> ZAGZEBSKI, 1996.

<sup>3</sup> MONTMARQUET 1987, 1993, and 2007.

Both positions belong to a conception of VE known as *responsibilism*<sup>4</sup>. Before presenting the core theses of these contributions, we will succinctly review some differences between *responsibilism* and a different version of VE known as *virtue reliabilism*. Again, we must bear in mind that we have no intention here to produce a novel VE, so we will only outline the features of the type of epistemological project we find attractive for law<sup>5</sup>.

The second part will be devoted to explain the distinction between belief and acceptance. As said before, the aim of drawing this distinction is to show that it is acceptance, rather than belief, the propositional attitude to be held by triers of fact. On the final part of the work it will be suggested that if we attempt to use a *responsibilist* VE to give account of (some of the) epistemological problems related to legal reasoning about matters of fact, we need to include the dichotomy belief/acceptance as part of the conceptual framework. In the context of legal fact-finding, displaying a virtuous epistemic behavior would have as an ultimate goal to justify the agent's *acceptance* of a version of the facts and not necessarily to justify her *belief* in it.

---

<sup>4</sup> The label “responsibilism” is owed to CODE, 1984 and 1987. However, it must be said that *responsibilism* has several varieties (see BAEHR, 2011). The reason we choose these two approaches is that they share an important feature: both projects include an attempt to give conceptual priority to the notion of ‘intellectual virtue’ over other notions like ‘justification’ and ‘knowledge’. In contrast with this, other *responsibilist* approaches (like Code’s), don’t seem concerned with such a task.

In our view, explaining how is it possible to reach a truthful account of the facts that triggered a legal dispute is one of the central tasks of legal epistemology. So, if we are interested in applying VE to law in order to explain (or partially explain) what a ‘true verdict’ is in terms of something like “exercises of intellectual virtue” or ‘virtuous epistemic behavior’, then we would require an approach to VE with the feature in question.

<sup>5</sup> We may ask what makes a *responsibilist* approach to legal epistemology particularly attractive and how does it differ from other approaches. Answering this would require a paper itself. So, for the sake of brevity, we can only say that legal decision about matters of fact seems in the best of cases a fallible enterprise, thus we can always remain a little skeptical about the truth of what is taken as proven in a courtroom. In the face of such a scenario, we may ask ourselves why we should abide by the outcome of any trial at all. Well, it happens that a *responsibilist* VE provides us with the theoretical resources required for placing the effort and appropriate epistemic behavior of the finder of facts at the very center of the epistemological evaluation of these outcomes. So, even in the strongest skeptical scenario, we would still be able to rescue something of value with the theoretical framework of a virtue approach: a justified outcome. If the fact-finder behaved in a virtuous manner and did everything that could be done in the search for truth, then she may be justified in holding such outcome as true, even if it is not true.

In regard with the question about how this approach differs from other approaches we can say that the main difference has to do with the center of the analysis. Instead of the traditional institutional-design-centered epistemology, instead of thinking about ways of amending Evidence Law so that it makes the finding truth more likely, a virtue approach is agent-centered. For recent work on how the virtue (or aretaic) approach to the problem of justification in adjudication differs from other approaches, see AMAYA, 2012.

## 2. ON VIRTUE EPISTEMOLOGY

The origin of this contemporary movement in epistemology is usually attributed to Ernest Sosa<sup>6</sup>. The idea behind this “virtue turn” was to avoid the apparent dead end to which the debate between foundationalism and coherentism leads. Sosa argues for a readjustment in the analysis in the same fashion as it had happened in moral philosophy. The appearance of virtue ethics brought the moral agent to the center of the analysis in an attempt to leave the traditional action-centered approaches behind. In epistemology the idea would be to make the analysis agent-centered, instead of belief-centered.

**It is the agent’s epistemic performance what must be studied and evaluated since knowledge and/or justified belief are the product of her performance.**

Traditionally, epistemology was concerned with the credentials of beliefs. It was concerned with the conditions that should be met by a belief in order to become knowledge. These conditions were presented in an abstract way and little was said about the believer and the role of her epistemic qualities in the enterprise of knowing. What VE proposes is to place the epistemic agent at the very center of epistemological analysis. It is the agent’s epistemic performance what must be studied and evaluated since knowledge and/or justified belief are the product of her performance.

Another feature of several contributions to VE is the attempt to give conceptual priority to the notion of *intellectual virtue* over the notions of knowledge and justified belief. In other words, VE tries to explain concepts such as knowledge or epistemic justification in terms of the primitive concept of intellectual virtue.

Unsurprisingly, one of the first issues brought into discussion in VE is that about the nature of intellectual virtue. On this regard, two major approaches may be distinguished: the *reliabilist* approach and the *responsibilist* approach. Broadly speaking, the reliabilist approach – among whose most prominent defenders we can find Ernest Sosa, John Greco and Alvin Goldman<sup>7</sup> – conceives intellectual virtue as ‘cognitive faculties’ whose exercise allow the agent to form a larger proportion of true beliefs than false beliefs. Typical examples of virtues in this sense are memory, sight and intuition. In opposition to this idea, responsibilists think that intellectual

<sup>6</sup> SOSA, 1980.

<sup>7</sup> SOSA 1991, 1992, 2007; GRECO 1992, 2002, 2010; and GOLDMAN, 1992 and 2001.



virtues are better understood as ‘traits of character’ like intellectual humility, courage or sobriety. It is through the possession and exercise of these traits that the agent achieves epistemic success. Zagzebski and Montmarquet offer two important developments on the line of responsibilism. We will explore them in this work.

It is important to remark that the disagreement between reliabilist and responsibilists about what really counts as a virtue goes beyond the mere terminological dispute of what the correct way to use the word ‘virtue’ is. Simply agreeing to keep the label of ‘virtue’ for ‘character traits’ and stating that ‘reliable cognitive faculties’ are not exactly ‘virtues’ (or vice versa) cannot settle the discussion. At the center of it lies what different philosophers take as more fundamental for epistemology to fulfill its task in clarifying what knowledge is<sup>8</sup>, how it is attainable and what kind of capacities or dispositions are truly important for succeeding in the enterprise of knowledge<sup>9</sup>.

Roughly speaking, the reliabilist approach considers that it is the truth-conduciveness of cognitive faculties what matters most in achieving knowledge or epistemic justification. Thus, if a true belief is reached through the exercise of a cognitive faculty that tends to produce more true beliefs than false beliefs, then the belief is epistemically justified. In contrast, the responsibilist approach is more concerned with matters related to the agent’s duties as a knower. In general terms, virtuous epistemic behavior consists in conscientious efforts that the agent must display in the search for knowledge. Epistemic success is reached through such efforts. So the philosophical endeavor of explaining concepts like epistemic justification or knowledge in terms of epistemic virtues makes room for a clash of diverging intuitions about how such things can or should be achieved.

<sup>8</sup> Or even if it is its unique or central task. See, for example, ZAGZEBSKI, 2001, on this regard.

<sup>9</sup> The labels “virtue reliabilism” and “virtue responsibilism” were first suggested in Axtell, 1997. It is interesting to notice that there is a natural connection between virtue reliabilism and externalism, and between virtue responsibilism and internalism. In broad terms, the virtue reliabilist approach thinks of knowledge as something owed to the exercise of a reliable cognitive faculty that enables the agent to successfully engage with the world, while responsibilism thinks of it as something that is owed to the agent’s attitudes, actions and choices, rather than to faculties alone. The responsibilist view advocates for a stronger link between belief and grounds for believing than the one that virtue reliabilism seems to endorse. This resembles the externalist/internalist debate in the sense that internalism (in very broad terms) suggests that grounds for believing must be accessible to the agent, while the externalist view denies that such a strong link (such access) is necessary. For more on this connection, see AXTELL, 1997, and BAEHR, 2011, p. 6-8 and 47-67.

Adding to our understanding of this debate, let us briefly consider an objection to the responsibilist conception suggested by Greco<sup>10</sup>. A central flaw in responsibilism as an epistemological project may lay in the fact that such an approach states requirements for knowledge so strong that the resulting definition of knowledge seems implausible. For example, Zagzebski defines knowledge, as we will see, as true belief that arises out of ‘acts of intellectual virtue’<sup>11</sup>. Consider a case like this: A pedestrian realizes that a bicycle (or something moving really fast) is dangerously heading towards her, so she immediately gets out of the way. Such realization would only amount to knowledge if it is reached through an act of intellectual virtue.

The intuitions of many would be that it shouldn’t be questioned that the pedestrian actually *knew* that she was about to be ran over, even if it’s true that the belief was not the result of an ‘act of intellectual virtue’. An acceptable epistemology should be able to take this as a paradigmatic instance of knowledge. A responsibilist epistemology appears to leave many everyday cases intuitively regarded as knowledge out of the definition.

It may be considered that the responsibilist approach at best tells us something about the way in which human cognition works in a certain type of situations, but is not the right approach to elucidate the concept of knowledge. Yet, the responsibilist still has in her favor the fact that there seems to be an important ethical dimension in the enterprise of knowledge that is central to epistemology as a normative discipline. The responsibilist may rightfully argue that there is more to an accomplished and successful epistemic life than the mere capacity to reliably arrive at true beliefs.

Now, setting aside the objections to responsibilism as a general approach to epistemology, something must be said about why it should be favored when addressing issues in law. And the reason for doing so is quite straightforward. As we mentioned (see note 2), it is interesting to explore how a true decision about matters of fact in a trial (or at least justified one) is reached through the exercise of intellectual virtue. However, the problem for reliabilism is that explaining knowledge about the facts that triggered a legal dispute

<sup>10</sup> GRECO, 2002 and 2000.

<sup>11</sup> ZAGZEBSKI, 1996, p. 270.

just in terms of the possession of certain cognitive faculties such as acute vision or good memory seems to fall short.

The search for truth in a trial is an endeavor that requires effort and commitment. In order to fulfill her task, a legal fact-finder must be moved by a *due regard for truth*. Being devoted to the finding of truth is the most fundamental element of a virtuous epistemic character and is a motivation that is displayed in several manners, like being intellectually sober or meticulous. Not being virtuous -being gullible and careless, for example- would most likely lead the fact-finder to failure. There are many epistemic perils in legal fact-finding, like the possibility of the information being manipulated by the parties. So, even if the idea of knowing through ‘acts of intellectual virtue’ seems like asking too much in cases like the pedestrian and the cyclist, the case of legal fact-finding seems to rightfully ask for that much.

Having this in mind, we will now proceed to survey the VE projects of Zagzebski and Montmarquet, both of which share several desirable features for an appropriate epistemological approach to law.

### 2.1 Zagzebski’s VE

Zagzebski believes that open-mindedness, thoroughness, intellectual courage, carefulness, etc. are the sort of excellences we can properly call “virtues”. There are many types of excellences. Faculties like good memory or accurate vision are excellences, indeed. However, not all excellences are virtues.

Virtues are praiseworthy excellences. It’s true that having a remarkably accurate vision would give cause for praise, but this wouldn’t be the sense of praiseworthiness that matters for virtue. The sense in which virtues are praiseworthy can only be understood bearing in mind the blameworthiness of vice.

It is in the face of the possibility of being vicious that the being virtuous becomes commendable. Even if a highly reliable cognitive faculty is an excellence, the lack of it wouldn’t be blameworthy. Consider the case of accurate eyesight. It makes as much sense to blame people for not having a remarkably accurate vision just as it makes sense to blame them for not having big hands. In contrast, it makes perfect sense to blame people for being utterly naive or close-minded. Being a mathematical genius may be worthy of praise, but there is no blame in not being so.

**There are many types of excellences. Faculties like good memory or accurate vision are excellences, indeed. However, not all excellences are virtues.**

Praiseworthiness is the most distinctive element of the traits we can rightfully label as virtues. The triumph of virtue over vice is an admirable endeavor. Being virtuous in the face of the possibility of not being so is the way in which epistemic virtues are praiseworthy and reliable cognitive faculties can't be.

Praiseworthiness also supposes an element of choice and voluntary control not clearly present in the exercise of cognitive faculties. We can't choose to have a good memory, but we can choose to be epistemically careful or reckless. If intellectual virtue is something over which we have voluntary control (at least to a relevant or substantive extent), there is room for responsibility discourse about its presence or absence. We can be held responsible for not carrying out a careful inquiry, but we can't be blamed for not having a reliable memory, since usually we have no control over this.

That being said, the structure of virtue has two components<sup>12</sup>. The first is a *motivational component*. Each virtue can be defined in terms of a particular motivation. Open-mindedness is the motivation to be receptive to ideas of others. Intellectual courage is the motivation to withstand the opposition of others and persevere with one's ideas if we deem them as valuable. Intellectual sobriety may be understood as the motivation to carefully examine what we are told in the light of the evidence supporting it. The point is that having a virtue means having a motivation to epistemically behave in a way that (intuitively) allows us to achieve a true belief. It means having the motivation to act in a way that puts us in the right direction to make cognitive contact with reality.

The motivational component has two aspects. One is the particular and distinctive motivation each virtue has (staying open to the ideas of others, defending our views in the face of opposition, etc.). The other one is the motivation to achieve cognitive contact with reality. All intellectual virtues share this end. They only differ in the particular "road" each one suggest for achieving that end.

However, merely having the motivation to epistemically behave in a way that permits us to achieve cognitive contact with reality does not guarantee we reliably attain it. So, virtue needs a second component: a success component. Such component is brought by

---

<sup>12</sup> ZAGZEBSKI, 1996, p. 165-184.

*entrenchment*. Virtues are acquired habits. To successfully operate, they must lead the agent to a stable and consistent resistance of vice. Having a virtue means that a certain motivation is rooted deeply in our character.

The motivation to, say, fairly consider the ideas suggested by others must actually make the agent receptive to those ideas in order to effectively achieve its end. Cognitive contact with reality can only be virtuously achieved if the motivation to be open-minded is entrenched in the agent's character in a fashion that keeps him open to every reasonable new idea and keeps him away from any bias derived from vicious inclinations. So, an agent is not truly open-minded if he stays receptive only to ideas coming from people he likes. Virtuous character demands that the right motivation endures the temptation to behave viciously. A motivation is authentically virtuous only if it disposes the agent to act in a way that, avoiding vice, allows him to form a true belief.

Summarizing, the notion of virtue we have so far is that of an acquired trait of character. Each virtue can be distinguished by a particular motivation to epistemically behave in a way that tends to place the agent in cognitive contact with reality. Such motivation must be entrenched in the agent's character as a habit in order to successfully achieve its end. Virtues are stable dispositions to act under the right motivation and consistently avoid acting under the opposing vicious motivation. That makes virtues praiseworthy in a way that other excellences -like cognitive faculties- are not.

Having now a better grasp of the notion of virtue in question, we are able to see the way in which virtue leads to knowledge. According to Zagzebski, knowledge is explained in terms of *acts of intellectual virtue*:

An act of intellectual virtue *A* is an act that arises from the motivational component of *A*, is something a person with virtue *A* would (probably) do in the circumstances, is successful in achieving the end of the *A* motivation, and is such that the agent acquires a true belief (cognitive contact with reality) through these features of the act<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> ZAGZEBSKI, 1996, p. 270.

**A motivation is authentically virtuous only if it disposes the agent to act in a way that, avoiding vice, allows him to form a true belief.**

Knowledge is understood here as “a state of cognitive contact with reality<sup>14</sup> arising out of acts of intellectual virtue”<sup>15</sup>. However, this definition is susceptible to multiple attacks. The first and more obvious problem has already been mentioned at the beginning: it rules out basic perceptual beliefs as instances of knowledge. The case of the pedestrian and the cyclist is a relevant counterexample since a great deal of our quotidian beliefs is produced in such a fashion. A definition that rules those beliefs out is too restrictive.

Besides that, another problem arises in the case of legal fact-finding. If acting virtuously is knowledge-conducive, what happens when facts are established as virtuously as possible by the jury (or judge), and yet the result of their inquiry can't be considered knowledge? It must be acknowledged that there is an important epistemic constraint in this context. The resolution about matters of fact is done and must only be done on the basis of the evidence admitted and presented at trial<sup>16</sup>. There is a set of available evidence and inquiry about the facts that triggered the litigation ought to restrain itself to that set.

Let us think about a criminal trial. If some relevant piece of information that proves the guilt of the defendant has been appropriately left out for some legitimate reason (i.e., because a rule of exclusion requires so), nothing can be done about it at the point of verdict. Since evidence is frequently permissive, conflicting and contradictory, the case theories proposed on its basis are sometimes unable to defeat the presumption of innocence by satisfying the standard of proof. Even if the jury's deliberation is done thoroughly, with sobriety and intellectual courage, it is still possible for the outcome to be a false account of the facts. It is quite a conceivable scenario to have a

---

**14** Zagzebski states that the notion of “cognitive contact with reality” has a broader sense than “knowledge”. Knowledge is but one form of cognitive contact with reality. Contact may also take the form of understanding or certainty, for example. So, virtue can be seen as a trait of character that enables the agent to attain cognitive contact with reality in several ways. This is an interesting point since the inclusion of such notions expands the scopes of epistemology and gives rise to questions about the centrality for the field of the task of giving an account of knowledge. In any case, if “knowledge” were to be equated with “cognitive contact with reality”, Zagzebski's definition would be circular. Since the latter has a broader sense, there is no such circularity.

**15** ZAGZEBSKI, 1996, p. 270-271.

**16** Surely, there are many other constraints like the prohibition of drawing any inference out of a defendant's decision not to testify during a trial. The jury has the duty to regard as irrelevant the defendant's silence. However, given the purposes of this work, we will only focus on the “admission” constraint that establishes what counts as evidence and what doesn't.

resolution about matters of fact that is not knowledge in spite of being the product of epistemically virtuous action.

One reaction to this would be to simply reject that legal fact-finding can be done virtuously at all. An inquiry that establishes that many obstacles to the discovery of truth is vicious by nature. However, this would be too hasty. What can be said is that maybe legal fact-finding is not always knowledge-conducive. But there's no need to embrace any species of radical skepticism. We can still assume that truth is, at least in principle, attainable in this context. The point is that, given what is at stake in a trial, other important things (like the protection of constitutional rights, for example) come into consideration when establishing the facts. Now, even if finding the truth is somewhat harder in this sort of inquiry than in others, virtuous epistemic character may still be demanded from the multiple agents that participate in fact-finding since there seems to remain an important ethical dimension in this type of inquiry.

**Sometimes our actions are blameworthy. If those blameworthy actions are based on wrong beliefs, then surely there must be a way to ground blameworthiness for action in blameworthiness for belief.**

## 2.2 Montmarquet's VE

Sometimes our actions are blameworthy. If those blameworthy actions are based on wrong beliefs, then surely there must be a way to ground blameworthiness for action in blameworthiness for belief. Think about the case of a racist, for example. This man believes there is something about people of a certain ethnic group that makes them untrustworthy. On the basis of such a belief, he engages in all kind of actions that show his despise for this people. James A. Montmarquet project is concerned with the possibility of basing responsibility for action in doxastic responsibility. On his view, epistemic virtues are seen as traits of character that enable us to believe responsibly, to believe what we ought.

A belief achieved and held in an epistemically responsible manner is a justified belief in an important sense. It is a belief to which we are entitled. Following Kornblith, we may understand epistemic responsibility in the following terms: «Justified belief is belief which is the product of epistemically responsible action; epistemically responsible action is action guided by a desire to have true beliefs»<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> KORNBLITH, 1983, p. 47.



At the core of epistemic responsibility what we find is the desire for truth. But desire for truth is not enough. It may be a necessary condition for epistemic responsibility, but not a sufficient one. To notice this, Montmarquet proposes the example of an epistemic fanatic who believes that her methods for interpreting certain sacred texts continuously generate new and powerful truths. This epistemic fanatic genuinely desires truth but only pays attention to her methods and stays closed to any sort of criticism or suggestion. Evidently, the mere desire for truth does not render her epistemic behavior responsible. So, trying to give account of how a truly epistemically responsible character would be, Montmarquet comes up with the notion of epistemic virtues<sup>18</sup>. Responsibility, understood as the desire for truth, can be regarded as the central virtue but it must be complemented with other virtues. These complementary virtues can be classified into three groups: virtues of impartiality, virtues of intellectual sobriety, and virtues of intellectual courage<sup>19</sup>.

The virtues of impartiality are qualities that a responsible epistemic agent must have as a member of an epistemic community. They guide her interactions with other epistemic agents. In this group we may find virtues like the open-mindedness and intellectual humility. The virtues of intellectual sobriety are qualities that tend to make the agent careful and help her avoid hasty inferences or being too gullible. Here we may find virtues like intellectual carefulness and thoroughness or meticulousness. Finally, among the virtues of epistemic courage, we may find virtues like intellectual perseverance, which is the tenacity to resist opposition to our ideas or research lines, particularly when the opposition arises out of the sometimes tyrannical or oppressive rule of the beliefs accepted by the majorities.

All of these virtues supplement the desire for truth. They are *ways of being responsible*. In our search for truth, we must stay open to new ideas or be willing to withstand opposition, and so on. These qualities regulate the desire for having true beliefs. They are excellences that a truth desiring person would want to have.

<sup>18</sup> MONTMARQUET, 1987 and 1993.

<sup>19</sup> MONTMARQUET, 1993, p. 23.



That being said, we may now proceed to highlight a very important aspect about the VE project in question: truth-conduciveness is not considered a defining feature of virtue. The reason for this is a very well-known skeptical scenario. Let us suppose that, because of the intervention of a demon, we are sent to a world where all the traits that we regard as virtues lead to falsehoods instead of truths. Furthermore, it's a world where vicious traits like epistemic recklessness are truth-conducive. Would this make us change our mind and start considering vices as the real virtues and virtues as vices? For some, it wouldn't.

We may feel intuitively compelled to assume that even if virtue is not truth-conducive in the demon's world, it may still provide justification. If an inquiry of any kind leads to a false result and yet the inquiry has been done under virtuous standards, we may still feel that the resulting belief is in an important sense justified. We may still think that we are somehow entitled to hold that belief.

So, for virtue to remain desirable, truth-conduciveness may not need to be a defining feature. It would still connect us with epistemic justification in a particular sense<sup>20</sup>. To understand it, a distinction between two types of justification<sup>21</sup> must be drawn: *pure epistemic justification* and *practical epistemic justification*<sup>22</sup>. To explore the distinction let us consider an example: A jury is dealing with a criminal case. In that case, much of the decisive evidence comes from the testimony of scientific experts. After meticulously considering all of the evidence and arguments, the jury reaches at the conclusion that the defendant did not commit the crime. Let us now suppose that, years after the trial, a substantial part of the scientific assumptions used by the experts for the explanation of the evidence is proved to be utterly wrong. Would this mean that the jury's conclusion was not justified?

---

**20** By giving up truth-conduciveness and keeping justification, Montmarquet believes an important intuition is saved. As all of us know, throughout history there have been many brilliant people like Aristotle, Galileo, or Newton whose theories strongly differed in matters of truth-conduciveness. Yet, we may still regard those men as somehow equal in matters of justification. Just because Newton proved to be right about some things and that Aristotle was wrong, we would not say that Aristotle was not justified in believing what he believed. Also, we would probably not say that because Newton was right he was virtuous while Aristotle was vicious. So, if truth-conduciveness were to be understood as a defining element of an epistemic virtuous character, then we would have problems dealing with intuitions like this.

**21** Some insights relevant for this distinction can be traced in Kornblith's distinction between ideal reasoning and epistemically responsible reasoning (KORNBLITH, 1983).

**22** MONTMARQUET, 2007.

It can be said that certainly the type of epistemic justification the jury has is not the kind of justification that matters for knowledge. They lack *pure* epistemic justification. However, assuming they reached their conclusion on grounds obtained *to the best of their effort*, we may still hold them practically justified. Error was not produced by a lack of effort or the lack of a due regard for truth. It was not produced by vicious epistemic behavior.

Practical epistemic justification is a sort of justification that is not as relevant for knowledge as it is relevant for the evaluation of action. Let us remember that Montmarquet is originally concerned with the possibility of grounding responsibility for action in responsibility for belief. The notion of practical epistemic justification allows us to give account of such grounding.

An action *A* based (or partly based) on a belief *B* has practical epistemic justification if *B* is obtained through the display of appropriate efforts motivated by a due regard for truth. Such “due regard for truth” can be understood as having a desire for truth properly supplemented by the possession of intellectual virtues of the three types mentioned above. So, virtue may not bear pure epistemic justification since it is not necessarily truth-conducive, but it provides practical justification. Epistemically responsible action in Montmarquet’s sense (desire for truth plus intellectual virtue) leads to belief with practical epistemic justification.

So we have seen that the project in question is mainly concerned with giving account of responsibility for belief. This can be particularly useful for cases in which belief is part of what explains action. Legal fact-finding appears to be one of those cases. We have also seen that it allows for a distinction between epistemological discussions about the concepts of pure epistemic justification (that which is required for knowledge) and practical epistemic justification (that which is required for epistemically well-grounded action). This distinction may have its equivalent in legal epistemology. Such field raises concerns for both the truth of legal decision about matters of fact and the doxastic responsibility of epistemic agents involved in its production. This project allows us to address the second group of concerns by providing a notion of epistemically responsible (virtuous) action, which is thought to bear epistemic justification of a particular type: practical epistemic justification.

**Practical epistemic justification is a sort of justification that is not as relevant for knowledge as it is relevant for the evaluation of action.**

With this picture in mind, we will now show that this responsibilist view of virtue as a trait of character that allows us to believe responsibly requires a slight amendment in order to be successfully applied to the field of proof and evidence in law.

### 3. BELIEF VS ACCEPTANCE IN LEGAL FACT-FINDING

So far we have sketched two major contributions to the responsibilist version of VE. Both contributions share worries about epistemic responsibility. They suggest that virtuous epistemic behavior is the one governed by the possession of traits like open-mindedness, intellectual courage, and intellectual thoroughness, among others. On both accounts, displaying a virtuous epistemic behavior is required for the correct formation of beliefs. Additionally, both contributions share the underlying assumption that beliefs are, at least to some extent, voluntary<sup>23</sup>.

Our purpose now will be to challenge the idea that belief is the propositional attitude that triers of fact (whether they be judges or juries) must hold in relation to the facts considered proven in court. To do so, we will introduce the distinction between belief and acceptance by focusing on two crucial features of the latter: its voluntariness and its context dependence. The conclusion we want to reach is that it is acceptance, rather than belief, the propositional attitude that we may expect to be formed in an epistemically virtuous way when deciding matters of fact in law. This means that a responsibilist virtue approach to legal epistemology must be amended by taking into account this distinction.

The first issue at hand is doxastic voluntariness<sup>24</sup>. The main contemporary source of objection to the thesis that beliefs are voluntary is Bernard Williams<sup>25</sup>. We will start by following this road.

If we think about the notion of belief, some of us may suddenly realize that there is something odd about considering it voluntary.

<sup>23</sup> ZAGZEBSKI, 1996, p. 58-69; MONTMARQUET, 1993, p. 79-96 and 2008.

<sup>24</sup> The literature on the thesis of doxastic voluntarism is vast. Unfortunately we cannot devote enough space here to address it appropriately. Should the reader be interested in the subject, please refer to WILLIAMS, 1973; HEIL, 1984; GINET, 2001; FELDMAN, 2001; AUDI, 2001; MONTMARQUET, 2008; HIERONYMI, 2009; and, of course, the classics CLIFFORD, 1877, and JAMES, 1896.

<sup>25</sup> WILLIAMS, 1973, p. 136-151.

This is because beliefs appear to aim at truth. Believing that  $p$  means believing “It is the case that  $p$ ”. Beliefs are states generated mainly by evidence. We don’t decide or choose what to believe, it just happens to us once we are acquainted with relevant evidence. For example, I don’t choose to believe that there is a cup of coffee in front of me. I just happen to believe it by simply opening my eyes and looking at the cup. The evidence “strikes my mind” and I believe accordingly.

If we were able to believe at will, we would be able to believe something even in the face of evidence to the contrary. But we are not able (if we are being minimally rational) to believe something in the face of evidence to the contrary. Thus, we are not able to believe at will.

**If we were able to believe at will, we would be able to believe something even in the face of evidence to the contrary.**

What happens in cases when, say, a woman claims that she *can’t believe* that her car has been stolen? Does this mean that she is willingly resisting a belief? Well, it may be that she is just expressing her wish for reality to be different from what it is. Her expression would then be just figurate speech for saying that she finds it psychologically difficult to come to grips with reality. Given what is at stake, her evidence standards unconsciously increase and the evidence she is acquainted with does not fulfill it.

However, there is another interpretation of this kind of cases. Let us assume now that there is no unconscious increase in the evidence standards. If someone shows us strong evidence suggesting that our car has been stolen, we can’t avoid believing so out of mere will. Thus, what we may mean when we say “I can’t believe someone stole my car” is that we *refuse to accept* that our car has been stolen.

Acceptance can be characterized as having or adopting “...a policy of deeming, positing, or postulating that  $p$  - i.e. of including that proposition or rule among one’s premises for deciding what to do or think in a particular context”<sup>26</sup>. It has two important features. First, it is a voluntary act since it consists in adopting the policy of deeming a proposition as true and including it in our reasoning in order to reach a decision. One can either choose to adopt such policy or refuse to do so. Second, the reasons that ground it are not always epistemic reasons. While belief is grounded in evidence, acceptance can be grounded in reasons aside from evidence, e.g. a rule.

<sup>26</sup> COHEN, 1992, p. 4. See also COHEN, 1989, p. 389. As the reader may note, the notion of acceptance presented in this paper is in great debt with Cohen’s idea about the notion.

To show this last point, let us consider another example. Suppose that a friend is in troubles with the police. The evidence at hand shows that our friend is responsible for the bad deed he's been arrested for. Inevitably, the evidence causes the belief that he carried out the bad deed. Yet, out of solidarity, we decide to help him acting under the premise that he is innocent. However, *solidarity is not evidence*. Hence, it can't be a reason for belief, though it can be a reason for acceptance.

Nevertheless, acceptance *can* be done for epistemic reasons, just like belief. We can accept a given proposition because of the evidence. This means that belief can be a *prima facie* reason for acceptance. It is not unusual for belief and acceptance to go hand in hand. We frequently accept what we believe. Belief can guide action as much as acceptance can. The distinction becomes important when evidence is not the right type of reason for action. A salesman may act under the premise that "the customer is always right" even in the face of abundant evidence to the contrary. So, acceptance has the possibility of admitting both epistemic and non-epistemic reasons. The latter are not the sort of inputs relevant for the production of beliefs, but are relevant for actions and decisions. Such inputs or reasons can be rules, objectives, policies, prudential reasons, etc.

As it is becoming clear now, acceptance is not necessarily truth-directed as belief. We do not necessarily accept  $p$  because we believe that  $p$  is true. Acceptance consists in a voluntary act of including a proposition in our reasoning as if it were true, and acting in accordance with its consequences. As we said, such inclusion can be done either for epistemic reasons (evidence) or for other reasons, like trying to achieve a certain goal or objective. This makes of acceptance susceptible to teleological explanation while belief, on the other hand, is susceptible to causal explanation at most.

With the possibility of not necessarily being truth-directed, but instead goal-directed, the notion of acceptance allows us to give account of the epistemic behavior of agents in situations where acting on the basis of belief comes at odds with the achievement of certain goals or objectives that the agent has. A typical example of a situation like this is that of a lawyer defending a client in a criminal case. His beliefs about the innocence or guilt of the client may

conflict with his duties as a lawyer and, consequently, have to be regarded as irrelevant. His beliefs must not guide his actions since that may not be in the client's best interest. He is expected to act as if she were innocent. Hence, he must accept that proposition in order to fulfill his duties as lawyer.

That being said, we can conclude that acceptance is clearly voluntary while belief appears not to be so. However, acceptance has another feature that makes it the right candidate to describe the attitude of agents in the determination of facts in a trial. Such feature is its context dependence.

### **Belief is a state that remains through different contexts.**

Belief is a state that remains through different contexts. A person cannot be expected to believe a proposition  $p$  in a context  $C$  and, at the same time, not to believe it in a context  $C'$ . It seems implausible to say that someone, for example, believes something as a mother and does not believe it as a businesswoman. This is only possible if there is an inconsistency or conflict in her system of beliefs or if she is somehow able to change her mind (modify her beliefs) whenever her roles or duties change.

Let us consider another hypothetical case. A trier of facts learns about some evidence that is never submitted into the proceedings by the parties. Once such evidence has struck on the trier's mind, a belief  $B$  is formed. At the moment of making a decision, the trier has to disregard  $B$ . Does this mean that the trier believes  $B$  in her private doxastic context and, at the same time, does not believe  $B$  in her role as a trier of facts? The answer is no. What happens is that she believes  $B$ , but she accepts something different from  $B$  given her responsibilities as a trier of facts. This does not suppose a problem. Acceptance has the "flexibility" necessary to deal with changes of context. Stalnaker suggests the same point in the following terms:

A person may accept something in one context, while rejecting it or suspending judgment in another. There need be no conflict that must be resolved when the difference is noticed, and he need not change his mind when he moves from one context to another<sup>27</sup>.

Acceptance has a practical nature. As we have already stated, it is not necessarily truth-directed and its formation admits reasons aside

<sup>27</sup> STALNAKER, 1984, p. 80-81. In this regard, see also BRATMAN, 1992, p. 4-5.

from evidence. Usually, these other reasons come from the context. The case of agents finding facts in a trial is a clear case of this. When determining facts, juries or judges must restrain their reasoning to the evidence admitted in the proceedings. It is not surprising for a constraint like this to cause a difference between what the trier of fact believes and what she accepts. In fact, the difference may occur for at least six different reasons identified by Jordi Ferrer<sup>28</sup>:

- 1) The trier's belief is irrational. It is not consistent with the available evidence;
- 2) As in the example above, the trier has learned of some piece of evidence that was not integrated to the proceedings. This evidence causes a certain belief, but she cannot use it to ground her decision;
- 3) The trier had access to evidence that was illegally obtained (in the violation of constitutional rights, for example) or that had to be rejected for some other legal reason. Again, the trier cannot get rid of the influence such evidence has on the formation of her beliefs, but she cannot make use of it to reach a decision;
- 4) The evidence available is not enough to defeat a legal presumption. Consequently, the presumption is still operational and the decision must be based on it;
- 5) Certain facts are not disputed. All the parties accept them as true;
- 6) The application of a legal rule concerning evidence predetermines the result of the decision about facts.

These situations render the state of belief unavailable as a correct grounding for the decision about facts in law. The triers of facts' beliefs, whether they are true or false, must be regarded as irrelevant criteria for the correctness of the decision. What matters is what they can objectively justify through the evidence *legally* available. They have the duty to take into consideration the evidence incorporated into the proceedings, and only that evidence. Notice that this means that, in the case of legal fact-finding, reasons for acceptance are epistemic in nature (acceptance is reached in the light of evidence). Yet, such acceptance does not necessarily coincide with what is

<sup>28</sup> FERRER, 2006, p. 297. For a Spanish version of this, see FERRER, 2005, p. 83-84.

believed because the evidence available for acceptance may not be the same evidence available for belief.

Legal fact-finding is a context defined, among other things, by the existence of rules that establish what counts as evidence, how it becomes available, how to reason about it, etc. So, even if our case against the voluntariness of belief were weak, even if we could somehow voluntarily come to the state of belief, belief would still be unsuitable for deciding matters of fact in a trial. The epistemic constraint posed by legal rules does not have the capacity to produce a change of belief. We can't forget a piece of evidence just because a rule says so. Instead, the constraint can make us modify what we accept. So, it is acceptance, rather than belief, the propositional attitude under which triers of fact ought to reach their decision.

#### **4. VIRTUOUS ACCEPTANCE IN THE CONTEXT OF LEGAL FACT-FINDING**

We have explored two major responsibilist projects, both of which contain important features required for an appropriate virtue approach to the problem of legal proof. On the one hand, from Zagzebski's project we obtain a good picture of *what* virtue is. On the other hand, Montmarquet's view allows us to see *why* we want it.

Virtues are acquired -and praiseworthy- traits of character that express an agent's regard for truth. We want agents -we want judges and/or jurors- to have these traits and act under a due regard for truth because it provides them practical epistemic justification.

As we have mentioned, legal fact-finding is a type of inquiry where some obstacles appear in the search for truth. The outcome of legal fact-finding may perfectly consist in regarding as proven a false proposition or not regarding as proven a true one. This is owed, to a substantial extent, to the fact that there is an epistemic constraint in the inquiry. A fact-finder behaving in an epistemically virtuous manner would not be free from that constraint. She is expected to consider only the evidence incorporated to the proceedings and to follow the legal rules and standards governing such evidence. So, the exercise of epistemic virtue does not guarantee by itself that truth is achieved in this context.



Now, even if those conditions prevent epistemically virtuous action from providing grounds necessary for getting the truth, virtuous action still provides the grounds necessary for practical epistemic justification. Given the epistemic constraint, a legal fact-finder may unknowingly lack the grounds necessary to reach a true account of the facts disputed at trial. However, she may still be epistemically justified given her appropriate epistemic efforts.

We have also discussed the notion of acceptance. We have identified two main features that make it a good candidate for being the propositional attitude held by legal fact-finders in relation to the outcome of their inquiry. Such features are voluntariness and context dependence. We have reviewed as well a list of situations that give place to a discrepancy between what the fact-finder may believe and what she must accept under the epistemic constraint. If belief were the attitude to be held, the situations mentioned would require the fact-finder to be able to change her beliefs at will in order to avoid any discrepancy. This appears to be implausible.

Beliefs are not produced, nor removed or changed, at will. Or at least not the kind of beliefs that legal fact-finders have to deal with. These beliefs are produced by evidence and are expected to change only when something in the evidence changes. Acceptance, on the other hand, is clearly a voluntary act. It consists in treating a proposition as if it were true, including it in our reasoning, and acting in accordance to its consequences. Acceptance can also be done in one context and not done in another, without bearing a conflict or inconsistency. This shows that it has the right features to be the propositional attitude susceptible of epistemically virtuous formation when reasoning about matters of fact in law.

If we are interested in including a responsibilist VE analysis in legal epistemology, it must be acknowledged that the correct formation of belief cannot be the aim of virtuous epistemic action. Virtue responsibilism is originally concerned with this. However, when applied to the understanding of how facts are established in a trial, it must be concerned with the correctness of acceptance.

It must also be acknowledged that the exercise of virtues is not necessarily truth-conducive in the context of inquiry in question because of the constraint on what counts as valid evidence. However, virtue can still provide practical epistemic justification.

**It must also be acknowledged that the exercise of virtues is not necessarily truth-conducive in the context of inquiry in question because of the constraint on what counts as valid evidence.**

Once these points are admitted, we can identify the place of a responsibilist approach in legal epistemology. As we said before, there are at least two major lines of philosophical concerns in legal epistemology. The first line has to do with questions about truth and “pure” justification in the finding of facts. The second line has to do with questions about epistemic responsibility. An approach following the line sketched by the two projects presented in this work would be well suited to give account of the second line of concerns.

Under such a view, epistemic virtues are trait of characters that entitle the agent (that is, give her practical epistemic justification) to act under the acceptance of certain premise. So, even if virtue doesn’t warrant by itself the truth of the outcome of the agent’s inquiry, it does provide warrant of the integrity of the investigation.

Since what is at stake in the context of legal fact-finding is the freedom or the wealth of members of our community, fact-finders have the duty to display their best effort. Successful cognitive contact with reality in that context takes more than acute eyesight or good memory or any ability of that kind. It takes commitment, perseverance, humility and thoroughness, among other things. Should traits of that sort govern the epistemic behavior of the fact-finder, then it may be said that her verdict is a case of virtuous acceptance.

A theory of acceptance explains in a natural fashion how deliberation and decision about matters of fact is done by fact-finders since it successfully shows how the usual divorce between what the fact-finder believes and what she ultimately accepts is perfectly possible. Such a theory in conjunction with a responsibilist conception of intellectual virtue gives us a good conceptual framework to identify what the desirable epistemic agency for legal fact-finding is. It gives us important tools to state how a good finder of facts should drive herself in the epistemic domain while in a court of law.

## REFERENCES

- AMAYA, Amalia. The Role of Virtue in Legal Justification. In: AMAYA, Amalia; LAI, Ho Hock (Eds.). *Law, Virtue, and Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- \_\_\_\_\_. Virtue and Reason in Law. In: DEL MAR, Maksymilian. *New Waves in the Philosophy of Law*. Londres: Palgrave MacMillan, 2011.
- \_\_\_\_\_. Inference to the Best Legal Explanation. In: KAPTEIN, Hendrik; PRAKKEN, Henry; VERHEIJ, Bart. *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*. Aldershot: Ashgate, 2009.
- \_\_\_\_\_. Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding. *Episteme: Journal of Social Epistemology*, vol. 5, n. 3, p. 306-319, 2008.
- AMAYA, Amalia; LAI, Ho Hock. (Eds.) *Law, Virtue, and Justice*. Oxford: Hart Publishing. 2012.
- AUDI, Robert. Doxastic Voluntarism and the Ethics of Belief. In: STEUP, Matthias. (Ed.). *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility and Virtue*. Nova York: Oxford University Press, 2001.
- AXTELL, Guy. Recent Work on VE. *American Philosophical Quarterly*, vol. 34, n. 1, p. 1-26, 1997.
- BAEHR, Jason. *The Inquiring Mind: On Intellectual Virtues and VE*. Nova York: Oxford University Press, 2011.
- BRATMAN, Michael. Practical Reasoning and Acceptance in a Context. *Mind*, vol. 101, n. 401, p. 1-15, 1992.
- CLIFFORD, William. The Ethics of Belief. *Contemporary Review*, 1877.
- CODE, Lorraine. *Epistemic Responsibility*. Hanover e Londres: Brown University Press, 1987.
- \_\_\_\_\_. Toward a 'Responsibilist' Epistemology. *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 45, n. 1, p. 29-50, 1984.
- COHEN, L. Jonathan. *An Essay on Belief and Acceptance*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. Belief and Acceptance. *Mind*, vol. 98, n. 39, p. 367-389, 1989.
- FAIRWEATHER, Abrol; ZAGZEBSKI, Linda. (Eds.). *VE: Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

- FELDMAN, Richard. Voluntary Belief and Epistemic Evaluation. In: STEUP, Matthias. (Ed.). *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility and Virtue*. Nova York: Oxford University Press, 2001.
- FERRER, Jordi. Legal Proof and Fact Finders' Beliefs. *Legal Theory*, vol. 12, p. 293-314, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GINET, Carl. Deciding to Believe. In: STEUP, Matthias (Ed.). *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility and Virtue*. Nova York: Oxford University Press, 2001.
- GOLDMAN, Alvin. *Liaisons: Philosophy Meets the Cognitive and Social Sciences*. Cambridge, Mass. : MIT Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. Epistemic Folkways and Scientific Epistemology. In: GOLDMAN, Alvin. *Liaisons: Philosophy Meets the Cognitive and Social Sciences*. Cambridge, Mass. : MIT Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. The Unity of the Epistemic Virtues. In: FAIRWEATHER, Abrol; ZAGZEBSKI, Linda. (Eds.). *VE: Essays on Epistemic Virtue and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- GRECO, John. *Achieving Knowledge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- \_\_\_\_\_. Two Kinds of Intellectual Virtue. *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 60, n. 1, p. 179-184, 2000.
- \_\_\_\_\_. VE. In: DANCY, Jonathan; SOSA, Ernest (Eds.). *A Companion to Epistemology*. Oxford: Basil Blackwell, 1992.
- \_\_\_\_\_. Virtues in Epistemology. In: MOSER, Paul K. (Ed.), *Oxford Handbook of Epistemology*, p. 287-315. Nova York: Oxford University Press, 2002.
- GRECO, John; TURRI, John. (Eds.) *VE: Contemporary Readings*. Cambridge: MIT Press, 2012.
- HEIL, John. Doxastic Incontinence. *Mind*, vol. 93, n. 369, p. 56-70, 1984.
- HIERONYMI, Pamela. Believing at Will. *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 35, n. 1, p. 149-187, 2009.
- JAMES, William. The Will to Believe. *The New World*, 5, p. 327-347, 1896.
- KORNBLITH, Hilary. Justified Belief and Epistemically Responsible Action. *The Philosophical Review*, vol. 92, n. 1, p. 33-48, 1983.
- LAI, Ho Hock. Virtuous Deliberation on the Criminal Verdict. In: AMAYA, Amalia.; LAI, Ho Hock. *Law, Virtue, and Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 241-263.

- DEL MAR, Maksymilian (Ed.). *New Waves in the Philosophy of Law*. Londres: Palgrave MacMilan, 2011.
- MONTMARQUET, James. Epistemic Virtue. *Mind*, vol. 96, n. 384, p. 482-497, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*. Lanham: Rowman and Littlefield, 1993.
- \_\_\_\_\_. Pure versus Practical Epistemic Justification. *Metaphilosophy*, vol. 38, n. 1, p. 71-87, 2007.
- \_\_\_\_\_. Virtue and Voluntarism. *Synthese*, vol. 161, n. 3, p. 393-402, 2008.
- MOSER, Paul K. (Ed.). *Oxford Handbook of Epistemology*. Nova York: Oxford University Press, 2002.
- SOSA, Ernest. *Conocimiento y virtud intelectual*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Filosóficas/Fondo de Cultura Económica, 1992.
- \_\_\_\_\_. *A VE: Apt Belief and Reflective Knowledge*, vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Knowledge in Perspective: Selected Essays in epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. The Raft and the Pyramid: Coherence versus Foundations in the Theory of Knowledge. *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 5, p. 3-25, 1980.
- STALNAKER, Robert. *Inquiry*. Cambridge, Mass: MIT Press, 1984.
- STEUP, Matthias (Ed.). *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility and Virtue*. Nova York: Oxford University Press, 2001.
- WILLIAMS, Bernard. Deciding to Believe. In: WILLIAMS, Bernard. *Problems of the Self*. Nova York: Cambridge University Press, 1973.
- ZAGZEBSKI, Linda. Recovering Understanding. In: STEUP, Matthias. (Ed.). *Knowledge, Truth, and Duty: Essays on Epistemic Justification, Responsibility and Virtue*. Nova York: Oxford University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. The Search for the Source of the Epistemic Good. *Metaphilosophy*, vol. 34, p. 12-28, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

## PESSOA, PESSOA DE DIREITO E O STATUS MORAL DO INDIVÍDUO HUMANO

Tradução: Ana Paula  
Barbosa-Fohrmann,  
Natasha Pereira Silva e  
Leandro Freire de M.  
Cavalcante

Ana Paula Barbosa-  
Fohrmann é Professora  
Adjunta de Teoria do Direito  
da Faculdade Nacional de  
Direito da Universidade  
Federal do Rio de Janeiro  
(UFRJ) e Professora  
Permanente do Programa  
de Pós-Graduação em  
Direito da UFRJ.

Natasha Pereira Silva é  
Mestre em Direito pela UFRJ.

Leandro Freire de  
M. Cavalcante é Mestre  
em Relações Internacionais  
pela Universität Eichstätt-  
Ingolstadt e Bacharel em  
Letras (Português-Alemão)  
pela UFRJ.

Autor: Michael Quante

Professor Catedrático de Filosofia Prática da Westfälische Wilhelms-  
Universität Münster. Livre Docente e Doutor pela mesma Universidade.  
Doutor Honorário pela University of Debrecen, Hungria. Sua vasta  
produção científica abrange as seguintes áreas de pesquisa: Filosofia  
do Idealismo alemão, Filosofia da Pessoa, Teoria da Ação, Ética, Ética  
Biomédica, Filosofia Social e do Direito. Homepage: <<https://www.uni-muenster.de/forschungaz/person/10008?lang=de>> E-mail: michael.  
quante@uni-muenster.de

“Eu ainda busco a diferença gramatical.”

*Ludwig Wittgenstein*

A diferenciação entre “pessoa” e “pessoa de direito” carece de explicação na Filosofia, pois a construção desse conceito provém da Jurisprudência: por “pessoa de direito” (ou “sujeito jurídico”), entende-se uma pessoa capaz juridicamente, possuidora de direitos e destinatária de obrigações. Com isso, pessoas são pessoas jurídicas ou pessoas naturais: como “pessoa natural”, é denominado, no Direito, o *ser humano* com capacidade jurídica; aí, simultaneamente, *todo ser humano* é tido como uma pessoa natural. Uma pessoa jurídica é uma pluralidade de pessoas (organização)<sup>1</sup> juridicamente

<sup>1</sup> Diferenciações possíveis e sistematicamente plausíveis entre o status moral e jurídico não serão tema deste trabalho; isso me parece ser defensável para o propósito da minha argumentação (ver a última parte deste artigo).

independente e, como uma pessoa natural, investida de algumas capacidades jurídicas civis. Uma vez que o conceito de “pessoa jurídica” não pode ser explicitado sem o conceito de “pessoa natural” e que se trata, conseqüentemente, de pessoas naturais e seu *status* moral, deixo de me ocupar da categoria das pessoas jurídicas; com isso, na seqüência, eu trato de “pessoa” como sendo “pessoa natural”. Nesse sentido, é objeto da minha exposição o comportamento da “pessoa de direito”, da “pessoa” e do “ser humano”. Trata-se, portanto, neste artigo, exclusivamente da pessoa humana e seu *status* moral.

Já que as definições conceituais na jurisprudência estão progressivamente encontrando consenso e que são suficientes para as finalidades do meu artigo, eu gostaria de embasá-las aqui nas minhas reflexões. A seguir, irei desenvolver as dimensões de significado que se aproximam do conceito de pessoas e irei me ocupar de uma resposta diferenciada à pergunta sobre a relevância do conceito de pessoas para o *status* moral do indivíduo humano.<sup>2</sup>

Após algumas considerações metodológicas prévias (I.), eu irei diferenciar aí quatro questionamentos centrais da Filosofia da Pessoa (II.) e quatro maneiras de usar o conceito de pessoa (III.). Sendo o trabalho construído com base nessa estrutura, dedicar-me-ei, então, à questão da relevância do conceito de pessoas como critério normativo para a determinação do *status* moral do indivíduo humano (IV.); por fim, irei fazer duas formulações do ponto de vista filosófico acerca da concepção da pessoa de direito (V.). Com isso, vai-se tratar da determinação exata da terminologia “capacidade jurídica” e da formulação mais precisa de “todo ser humano”, temas que precisam ser, nesse contexto, esclarecidos sob a perspectiva filosófica.

## I. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

O conceito de pessoa é complexo, é utilizado em diferentes sentidos nos diversos contextos, além de possuir uma longa e complexa história dos conceitos, por isso é muito útil para a compreensão das reflexões seguintes se recordarmos algumas pré-condições metodo-

<sup>2</sup> «Sobre “indivíduo humano”, entendo, com isso, um organismo humano, portanto, nem um corpo nem mesmo vida humana abaixo do nível do organismo (a exemplo das células humanas, sistemas orgânicos, ou algo semelhante); comparar com o minucioso QUANTE, 2002, cap. 3.



lógicas basilares.<sup>3</sup> *Primeiro*, considera-se que os conceitos não são eles mesmos entidades identificáveis ou autoexplicativas. Cada conceito, que será utilizado para a classificação de objetos, bem como para a organização de uma entidade para uma quantidade de entidades de um tipo específico, pressupõe a existência de critérios com base no que se deve poder diferenciar: a classificação sugerida do tipo “esse x é um F.” foi realizada a contento?<sup>4</sup> Precisa-se, em outras palavras, atribuir sinais que permitam que o x em questão possa ser visto como membro do tipo F (esses sinais são constitutivos para o ser-F de x, isto é, eles não são apenas critérios epistêmicos). A partir do que foi dito, desenvolve-se que nenhum conceito pode desempenhar a função de seu próprio critério.<sup>5</sup>

Quando a atribuição de um status moral específico G está conectada ao mesmo tempo à classificação de um x como um F – portanto direitos morais (e eventualmente também deveres morais) são derivados de um ser-F – então p conceito de classificação F precisa, *em segundo lugar*, remeter a critérios normativos que podem ser indicados como fundamentação da correspondente atribuição correspondente (o esquema prescreve: x tem o *status* moral G porque p – no nosso caso: porque x é F).<sup>6</sup> Em regra, vai-se exigir que a proposição p se refira a características da entidade x, as quais permitem e inclusive exigem que a x seja atribuído o status moral G. A partir disso, uma certa fundamentação p para a atribuição de status “x é G” precisará exigir também uma implícita ou explícita teoria ética como pano de fundo (essa teoria de fundo tem que ser, acima de tudo, plausivelmente factível, porque as características de x denominadas em p são para se atribuir a x um status G). Em outras palavras, a atribuição de

**3** As considerações neste parágrafo não têm a pretensão de externar teses originais ou uma posição sistematicamente única, mas, pelo contrário, quer simplesmente retomar condições incontestadas e incontestáveis de cada uso racional do conceito e argumentos; para uma representação concisa do conceito de pessoas ver também QUANTE, 2008.

**4** Isso não significa que todo orador precise poder pronunciar essa decisão; por conta da divisão de trabalho no âmbito linguístico, pode ser até o caso de ocorrer que um orador remeta ao conhecimento de especialistas para a informação dos critérios em questão.

**5** Nos conceitos, que admitem gradações, podem surgir casos, nos quais é controversa a atribuição de uma entidade para a extensão do conceito em questão; esses casos precisam, no entanto, por um lado, mostrar a exceção em cada conceito e, por outro lado, precisa-se explicitar racionalmente um possível dissenso com referência a outros critérios.

**6** Nesse ponto, utilizo o conceito indeterminado de “remeter”, porque, neste artigo, quero deixar em aberto como explicitar, com mais precisão, a relação entre determinação de G, com a qual se atribui um *status* moral, e a determinação (ou determinações) que se pode lograr com a fundamentação dessa atribuição de status moral G. Isso seria desenvolvido no quadro da Metaética.



um status moral exige uma fundamentação que precisa, em compensação, ela mesma satisfazer os padrões de plausibilidade.<sup>7</sup>

*Em terceiro lugar*, deve-se atentar para o fato de não ser possível esclarecer o significado de um conceito e sua relevância para os contextos argumentativos quando se ignoram os empregos específicos em diversos contextos de seu uso. A existência de tais formas de aplicação distintas ou a adoção de diferentes funções, que pode ser determinada pelo conceito de pessoa, não obriga a sua pressuposição; tratar-se-ia aqui de um equívoco. No entanto, não se pode da pressuposição, de que se trata de um único conceito, também concluir que sejam irrelevantes suas distintas formas de aplicação no quadro da explicação desse conceito e do esclarecimento de sua relevância para determinadas indagações. Igualmente pouco se segue dessa pressuposição de que este conceito apresenta necessariamente um significado central que pode ser explicitado, ao reduzir o conceito questionável a uma de suas formas de aplicação.

**Desde John Locke o conceito da pessoa se encontra na ordem do dia na Filosofia; sobretudo amadureceu a discussão sobre a identidade da pessoa nos últimos cinquenta anos como uma subdisciplina própria da Filosofia Analítica.**

## II. A FILOSOFIA DA PESSOA: QUATRO QUESTIONAMENTOS

Desde John Locke o conceito da pessoa se encontra na ordem do dia na Filosofia; sobretudo amadureceu a discussão sobre a identidade da pessoa nos últimos cinquenta anos como uma subdisciplina própria da Filosofia Analítica. Construir a trajetória com o emaranhado das diferentes linhas de argumentação desse debate não é possível em um único artigo, pois não se trata aqui de um, mas de quatro questionamentos. É de significado basilar a questão sobre as condições da personalidade (A), o questionamento sobre a unidade sincrônica (B) e a persistência transtemporal de pessoas (C), assim como o questionamento de se diferenciar a estrutura específica da vida pessoal (D) de cada um (que seja mais uma vez lembrado que este artigo trata exclusivamente dos indivíduos humanos):

(A) *Condições da personalidade*: De quais qualidades ou capacidades deve uma entidade dispor para que pertença à classe das pessoas?

<sup>7</sup> A questão de como se pode resolver isso sob as condições do pluralismo foi tratado em QUANTE, 2014.

A resposta a essa indagação resume-se em criar uma lista daquelas características que compõem uma pessoa – uma lista das denominadas *características constitutivas da pessoa*. Com isso, serão estabelecidos os critérios, com base nos quais um indivíduo se enquadra no conceito da pessoa; nele pode permanecer em aberto se esses critérios semânticos simultaneamente também servem ou não como critérios normativos para a justificação do *status* moral específico. Para facilitar a argumentação, deve ser, contudo, fixado para as outras argumentações que se trata, no tocante aos critérios semânticos, de critérios constitutivos, portanto, aqueles, com fundamento nos quais se constitui a personalidade, e não de meros critérios epistêmicos, portanto, aqueles, com base nos quais reconhecemos que se trata de uma pessoa em uma entidade (isso não descarta o fato de que um critério constitutivo seja também ao mesmo tempo um critério epistêmico)<sup>8</sup>.

(B) *Problema da unidade da pessoa*: Que condições precisam estar presentes para que uma entidade A seja, em um determinado momento  $t_0$ , exatamente uma pessoa?

É discutível se em um determinado momento  $t_0$  um único ser humano constitua várias pessoas ou também vários seres humanos constituam um grupo de pessoas. Esse problema, que se ocupa de questões relativas à identidade pessoal, é raramente levantado na literatura.<sup>9</sup> Se nos indagamos qual deve ser o caso para que uma entidade A seja considerada exatamente como uma pessoa em um determinado momento, busquemos, então, especificar as condições de verdade para a afirmação do seguinte tipo: A é no  $t_0$  uma e apenas uma pessoa.

(C) *Problema da persistência da pessoa*: Que condições precisam ser atendidas para que se considere que A no  $t_1$  é a mesma pessoa que B no  $t_2$ ?<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Com isso, não deve ser contestada a existência de critérios puramente epistêmicos para a atribuição de personalidade. Para a justificação da atribuição de um status moral só podem ser, aliás, usados tais critérios, que têm também uma função constitutiva. Se se aceitasse, ao contrário, puramente critérios epistêmicos nesse papel, resultariam vastas consequências céticas para as nossas práticas éticas, pois não teríamos mais condições de dizer que qualidades e capacidades constituem a personalidade.

<sup>9</sup> Na Filosofia da Mente, a unidade da consciência é discutida como um tema independente. Na literatura de pesquisa, que lida com a identidade pessoal, esse problema emerge quando desistimos da regra “ser humano – uma pessoa” (por exemplo: quando discutimos sobre pessoas de grupos ou múltiplos transtornos de personalidade); cp. com GUNNARSSON, 2010.

<sup>10</sup> Quando se formula o problema dessa maneira, então se pressupõe que a persistência é *sortaldependent*; cp. WIGGINS, 2001.

Essa indagação objetiva a persistência, a sobrevivência e a identidade diacrônica. Aqui também buscamos as relações, que (não trivialmente) devem ser o caso para que a afirmação da identidade seja verdadeira. Nossa questão da persistência “A no  $t_1$  é a mesma pessoa que B no  $t_2$  ?” pressupõe que A em  $t_1$  e B em  $t_2$  sejam pessoas. A única coisa que desejamos esclarecer com a nossa pergunta é se elas são as mesmas pessoas ou não. A primeira indagação que se coloca agora é se a “pessoalidade” implica critérios que estipulam que relações entre A em  $t_1$  e B em  $t_2$  devam existir para que se considere que A em  $t_1$  e B em  $t_2$  sejam uma e a mesma pessoa.

**Pessoas são entidades que são capazes de ser fiéis a si mesmas em diversos relacionamentos conscientes. Estes incluem relacionamentos da autoavaliação, autoidentificação e autocrítica.**

Disso resulta a pergunta específica: qual caracterização X é fornecida pelos critérios de persistência de A em  $t_1$  e B em  $t_2$ ? De forma bem geral, deve, por um lado, ser também especificado qual conceito categorial X pode contribuir para solucionar o problema da persistência com relação à entidade A. Além disso, deve ser também, por outro lado, mostrado em virtude de quais qualidades semânticas podem determinados conceitos categoriais desempenhar tal contribuição.

A diferenciação entre essas questões específicas das duas questões gerais admite o caso de que se trata em A e B de pessoas, mas o conceito da pessoa não é esse X, a partir do qual podem se averiguar os critérios para a persistência de A e B. Em outras palavras: É conceitualmente possível que o conceito de pessoa, embora seja central para a questão sobre as condições da personalidade, não o é para a questão da identidade diacrônica de pessoas.

(D) *O problema da estrutura da personalidade*: Que tipo de estrutura é fundamental para direcionar a vida de uma pessoa?

Pessoas são entidades que são capazes de ser fiéis a si mesmas em diversos relacionamentos conscientes. Estes incluem relacionamentos da autoavaliação, autoidentificação e autocrítica. Pessoas podem – em certo sentido ainda a ser mais especificado – desenvolver conceitos sobre quem são e quem desejam ser. Na tradição de Erik Erikson, esta forma de autorrelação foi designada de “identidade”; assim, falamos, por exemplo, da crise de identidade de uma pessoa quando esta perde a confiança nos valores, pelos quais se orientou até então. Eu designo esta estrutura complexa doravante como a personalidade de uma pessoa (em que deve ser, dessa maneira,

abrangido o que é designado por inúmeros filósofos como identidade narrativa ou biográfica).<sup>11</sup>

Quando se diferencia esses quatro problemas, como justifiquei pormenorizadamente em outros lugares, não se compromete com a tese de que uma resposta pode ser dada de forma completamente independente da segunda ou terceira área de problemas. Torna-se, contudo, rapidamente evidente que não se deveria supor que respostas às primeiras duas perguntas implicariam simultaneamente também respostas à pergunta sobre a identidade diacrônica. De acordo com a minha concepção, deveríamos, pelo contrário, desistir da ideia de que podemos solucionar as quatro áreas de problemas mencionados com uma única teoria.<sup>12</sup>

Particularmente, não é útil tentar resolver o problema da unidade e da persistência, enquanto analisamos a estrutura da personalidade de um ser humano. Embora existam, pelo menos em seres humanos, várias relações diferenciáveis entre personalidade, unidade, persistência e personalidade, estas são, porém, essencialmente mais complexas e, principalmente também, mais indiretas do que sugere a maioria das teorias no âmbito da Filosofia da Pessoa.

Com a indagação sobre a constituição específica da vida pessoal, almeja-se que pessoas não tenham só uma vida, mas que direcionem sua vida à luz de convicções, ideais, assim como planos e projetos próprios. Nesse contexto, identidade não significa nem identidade numérica, nem persistência, mas significa a autoimagem avaliativa (aqui denominada “personalidade”), em que se estabelece uma pessoa, quem ela é e quem ela deseja ser. Com uma personalidade, está-se tratando do caráter individual, que um indivíduo humano confere à sua personalidade.<sup>13</sup> Pertence às propriedades centrais de pessoas ter uma consciência da própria unidade diacrônica e poder se comportar de maneira julgadora em relação ao próprio passado e futuro. Com base nisso, constituímos uma personalidade própria, que pode ser compreendida como expressão de nossa autorrelação

**11** Cp. sobre a concepção da identidade narrativa HENNING, 2009.

**12** Recorrer-se-á a essa tese, que eu justifiquei em detalhe em QUANTE, 2002, 2012, em um ponto em outra argumentação (cp., a esse respeito, com a Seção III deste artigo).

**13** Importante é, neste contexto, o discurso filosófico da personalidade ou também a mudança de personalidade não no sentido de se interpretar equivocadamente como no caso de se tratar um substrato com a personalidade; cp., neste ponto, detalhadamente, com QUANTE, 2013.

ativista e avaliativa. Na minha concepção, isso se passa não em atos monológicos, mas é constitutivamente dependente de processos de mediação social.<sup>14</sup>

### III. O CONCEITO DE PESSOA: QUATRO FORMAS DE APLICAÇÃO

Quando se escuta no rádio o aviso de que, na estrada, pessoas se encontram na pista, então se imagina um grupo de indivíduos que está lá parado. O mesmo se aplica provavelmente também para o aviso de que um elevador pode transportar de uma vez a capacidade máxima de um determinado número de pessoas. Se, ao contrário, se falasse que animais estão na pista, não se pensaria possivelmente em seres humanos.<sup>15</sup>

Isso apoia, à primeira vista, a tese da coextensividade, de acordo com a qual igualar o “ser humano” e a “pessoa” faz parte do significado da linguagem do cotidiano desses conceitos.<sup>16</sup> Porém, se se pensar, então, na notícia “crianças que brincam na pista”, aparece a primeira dúvida sobre se é válido realmente que seres humanos sejam considerados pessoas em todos os momentos de sua existência. Principalmente, acompanha a tese da coextensividade a aceitação de que “pessoa” e “ser humano” não têm só a mesma extensão, mas ao mesmo tempo também mostra o mesmo status ético. Aqui outras dúvidas devem se tornar contundentes: Evidentemente, nessas notícias diárias de transmissões de rádio ou informações no elevador, não se trata de algum modo de rotular eticamente as pessoas mencionadas frente a crianças e animais, mas sim de linguisticamente fazer referência a elas. Para os fins das primeiras advertências, não parece ser essencial se se fala de pessoas ou de seres humanos. Poder-se-ia falar talvez também de adultos, trabalhadores

<sup>14</sup> Cp. a esse respeito QUANTE, 2007 e QUANTE, 2011; Capítulos 11 e 14.

<sup>15</sup> No caso do elevador, isso depende do respectivo contexto; na nave intergaláctica Enterprise, seria bom contar não só o número de indivíduos na determinação da quantidade de pessoas. E, se, por exemplo, em uma veterinária, tivesse o aviso no elevador de que só uma determinada quantidade de seres vivos poderia ser transportada de uma vez, estaria claro que não só os seres humanos poderiam estar nesta conta. Assim considerado, faz total sentido que em elevadores a carga máxima seja também sempre informada em peso.

<sup>16</sup> Diferentemente da língua inglesa (“animal”), a língua alemã exclui os seres humanos da extensão do “animal” no uso hodierno da língua. Isso não se aplica, contudo, à expressão “ser vivo”; e como a extensão de “ser humano” e “ser vivo” não é idêntica, a tese da coextensividade se torna desta forma, no que diz respeito ao uso alemão da tese semântica, implausível.

**Não se pode notar no próprio conceito de pessoa em que função e formas de aplicação ele será usado. Isso será, antes, estabelecido pelo contexto e por cada ato de fala.**

da construção civil, atletas amadores ou de manifestantes. Não se trata primariamente do anúncio do *status* de ser uma pessoa, mas da referência linguística aos objetos do discurso. Se se ouve, por outro lado, a notícia “Vaca fugitiva colide com carro. As pessoas não foram atingidas” nos noticiários, presta-se atenção ao fato de que, apesar de um animal ter sido ferido ou mesmo ter morrido, nenhuma pessoa, porém, o foi. Em tais notícias, o conceito de pessoa não é usado apenas e nem mesmo uma vez para se referir aos objetos individualmente. Trata-se, em vez disso, de conceder, com essa referência, o *status* dos objetos abordados (no nosso caso, portanto, transmitir que não foi gerado qualquer dano a pessoas, mas simplesmente danos a coisas).<sup>17</sup>

Não se pode notar no próprio conceito de pessoa em que função e formas de aplicação ele será usado. Isso será, antes, estabelecido pelo contexto e por cada ato de fala. Os exemplos cotidianos citados mostram, entretanto, claramente que, na análise filosófica e no uso do conceito de pessoa, não se pode embasar simplesmente uma função ou uma maneira da aplicação e ocultar as outras. Se se prestar atenção à *aplicação* do conceito de pessoa na linguagem do dia-a-dia, em diversos ramos do conhecimento científico ou na Filosofia, pode-se, então, reconhecer duas duplas de formas de aplicação, que podem também se combinar. Como já se acabou de afirmar é de se esperar que encontremos uma aplicação descritiva e uma prescritiva. Quem, por exemplo, fizer um estudo detalhado do ponto de vista biológico-comportamental e de psicologia animal do herói principal da série de televisão “Nosso Charlie” (“Unser Charlie”), chegará à conclusão que Charlie é uma pessoa, aplica-se o conceito de forma *descritiva*. Quer-se dizer com essa afirmação que o chimpanzé Charlie tem, em grau suficiente, para a pessoalidade, traços característicos e capacidades para ser considerado, portanto, uma pessoa. Na aplicação descritiva, vale também a relação de justificação inversa: Se se pressupõe que Flipper, no sentido descritivo, é uma pessoa, então, se afirma, com essa descrição, que ele apresenta, em grau suficiente, para a pessoalidade, características e capacidades necessárias. Por enquanto, nada se disse, contudo, sobre o *status* ético

<sup>17</sup> Com relação ao *status* moral dos animais, deve-se observar que essa classificação como “coisa” foi progressivamente revisada. Isso apoia o refinamento da dicotomia exclusiva “pessoa *versus* coisa” por meio de uma distinção diferenciada.

de Charlie, Flipper ou outras pessoas, como o juízo de base ética da personalidade ou características e capacidades que acompanham a personalidade não se tornou explícito. Para preencher esse contexto com conteúdo, devem-se indicar as suposições das presumidas Ética e Metaética a esse respeito.

Como exemplo de aplicação *prescritiva* pode servir a seguinte declaração: Experimentos com embriões humanos não são permissíveis do ponto de vista ético porque embriões humanos são pessoas. Em tal declaração, que se pode encontrar no contexto do debate social e político sobre o tratamento adequado da vida humana que se inicia, é usado o conceito da pessoa na forma prescritiva: A personalidade presumida de embriões humanos é usada como justificção para a pretensão ética; apresenta um excelente *status* ético. Analogamente ao caso da aplicação descritiva pode ser também encontrada na aplicação prescritiva do conceito de pessoa a relação de justificção inversa: Se for pressuposto que, por exemplo, um *status* ético corresponde a células embrionárias humanas, por meio das quais se caracterizam exclusivamente as pessoas, decorre disso que células embrionárias humanas são pessoas. Diferentemente do caso da aplicação descritiva, não é dito, com isso, nada ainda sobre outras qualidades ou capacidades, que vêm com a personalidade de uma entidade. Para preencher tais lacunas, deve-se explicitar se e com qual conteúdo pode-se empregar o conceito de pessoa em sentido descritivo.

Afora essa diferenciação da aplicação descritiva e prescritiva do conceito de pessoa, deve-se levar em conta um segundo par de formas de aplicação possíveis do mesmo. Ele se relaciona com sua *função* lógica ou gramatical. De um lado, o conceito de pessoa é utilizado em conexão com o artigo definido (“a”) ou com o pronome demonstrativo (“esta”, “aquela”) para se referir a uma entidade como algo único. Isso ocorre, por exemplo, na frase “Esta pessoa tirou o prêmio no nosso sorteio” ou na frase “A pessoa, que observou o acidente, gostaria, por favor, de fazer o relato na administração da universidade!” Estritamente falando, a referência é assegurada aqui pelo pronome demonstrativo em conexão com um gesto indicativo do falante, ou pela característica (“a pessoa, que...”). Para nós, o mais importante é, porém, a constatação de que o conceito de pessoa nesse uso *referencial* não é empregado



com o objetivo de determinar uma entidade como pertencente à classe ou ao tipo de pessoas.

Exatamente esta classificação para a classe e o tipo de pessoas é, ao contrário, proposta no uso do conceito de pessoa, que eu gostaria de denominar aplicação *categorial* – por exemplo na frase: “Este homem-macaco é uma pessoa.”<sup>18</sup>

Esses dois pares de formas de aplicação do conceito de pessoa podem ser combinados de tal maneira que lograremos, no total, quatro possibilidades:

<b>Formas de aplicação do conceito de pessoa</b>	<i>Uso referencial</i>	<i>Uso categorial</i>
Uso <i>Descritivo</i>	(i) Referência a uma entidade (ii) Elementos de significado descritivo secundário	(i) Classificação de uma entidade para a classe (tipo) de pessoas (ii) Anúncio de determinadas características e capacidades
Uso <i>Prescritivo</i>	(i) Referência a uma entidade (ii) Elementos de significado prescritivo secundário	(i) Classificação de uma entidade para a classe (tipo) de pessoas (ii) Anúncio de um <i>status</i> ético específico

Isso pode ser esclarecido com base nos quatro exemplos que se seguem:

(i) Quando nós nos envolvemos na situação de um carro em chamas, no qual se encontram um ser humano e um cachorro, só podemos salvar uma vida e depois nos indagamos quem devemos salvar, expressa a frase: “A sobrevivência dessa pessoa tem prioridade ética

<sup>18</sup> Eu emprego o conceito de categorial em um sentido amplo: Nem todo categorial é constitutivo no sentido de que fornece condições de persistência para o tipo questionável de entidades.



frente à sobrevivência do cachorro” um julgamento ético. Nesse julgamento ético, o conceito de pessoa é empregado em um contexto prescritivo. Implicitamente, o conceito de pessoa serve aqui também para indicar o excelente *status* ético do ser humano enquanto pessoa. Mas essa pressuposição prescritiva é secundária, desde que consideremos nossa pergunta inicial em sentido gramatical.

(ii) Por outro lado, se perguntarmos, por exemplo, em uma aula de Ética Animal, por que deveríamos salvar o ser humano e não o cachorro, e recebermos a seguinte resposta: “Deveríamos salvar o ser humano porque ele é uma pessoa, enquanto o cachorro não é!”, esse é um caso de aplicação prescritivo-categorial do conceito de pessoa.<sup>19</sup>

Analogamente, essa diferença também é encontrada na aplicação descritiva: (iii) Se dissermos que Charlie ou Flipper são pessoas devido às suas características especiais, então esse é um caso de aplicação descritivo-categorial.

(iv) A afirmação seguinte pode servir como exemplo de aplicação descritivo-referencial do conceito de pessoa: “Esta pessoa está usando sapatos azuis.”

#### IV. PERSONALIDADE COMO CRITÉRIO DO *STATUS* MORAL

Se estamos buscando entender a relevância do conceito de pessoa como critério que fundamenta o *status* moral de um indivíduo humano, então temos como escopo as condições da personalidade. A partir do momento em que a diferença entre o emprego prescritivo-categorial e o descritivo-categorial do conceito de pessoa fica clara, fica patente que devemos nos concentrar na aplicação descritivo-categorial, pois o *status* moral deve ser fundamentado com base na classificação de uma entidade como pessoa, ou seja, nas características e capacidades que fazem com que uma entidade seja uma pessoa (no sentido descritivo).

Em princípio, também é possível justificar o *status* moral específico de uma entidade, o qual chamaremos de  $M^*$ , por meio da referência a um outro *status* moral,  $M$ , o qual também pertence a  $x$ .

<sup>19</sup> Também em relação a essas quatro formas de aplicação é o contexto do ato de fala específico que acaba definindo qual das formas está sendo utilizada. Seria um erro filosófico assumir que essa classificação é realizada somente com base na gramática das afirmações.

**Se estamos buscando entender a relevância do conceito de pessoa como critério que fundamenta o status moral de um indivíduo humano, então temos como escopo as condições da personalidade.**

Esse seria o caso, por exemplo, se considerássemos  $M^*$  como uma implicação da atribuição de  $M$ . Um argumento desse gênero pressupõe uma teoria da relação de justificação entre *status* morais diferenciáveis, neste caso entre  $M$  e  $M^*$ , que seja implícita ou que seja elaborada explicitamente – e uma precondição extremamente plausível é a seguinte: nem todas as atribuições de um *status* moral podem deixar totalmente de recorrer a critérios descritivos que funcionem como regras de aplicação dessa atribuição.<sup>20</sup> Devido a isso, em algum momento da fundamentação dessas atribuições do *status* moral, será necessário passar ao discurso descritivo-categorial, ou seja, será necessário fazer afirmações como a seguinte:  $x$  tem o *status* moral  $M$  porque  $x$  possui as características ou capacidades  $k, k', k''$  etc.<sup>21</sup> Assim, neste ponto das nossas reflexões, nós somos remetidos à questão das condições da personalidade e, com isso, às características constitutivas da pessoa entendidas como características e capacidades de uma entidade devido às quais  $x$  deve ser considerado como fazendo parte da classe de pessoas.

A partir desse ponto surgem duas possibilidades: a *primeira* consiste em supor que, no caso do predicado, “é uma pessoa”, estamos lidando com uma característica que não pode ser analisada para mais além disso, e cuja existência em uma entidade nos é epistemicamente acessível de modo direto sem que, para isso, tenhamos que utilizar implícita ou explicitamente outros critérios. Mesmo que, de modo geral, não desejemos excluir esse tipo de predicação, a história do conceito de pessoa e a discussão filosófica ainda não concluída em relação às condições da personalidade sugerem que essa sorte de primitividade intuitiva não pertence ao predicado “é uma pessoa”. Devido a isso, é mais plausível partir da *segunda* possibilidade e supor que podemos desenvolver o predica-

**20** Essa suposição é extremamente plausível, pois nós nos orientamos no mundo pela língua e fazemos referência a ela. Além disso, a suposição contrária – a de que nossa língua moral não possui, em nenhuma situação, relações informativas com os aspectos descritivos da nossa língua – aparenta ser pouco compatível com os nexos dos nossos jogos de linguagem, nexos esses que são identificáveis pela Filosofia da Linguagem.

**21** Retornarei a essa variante em breve. Nesse ponto, surgem, evidentemente, amplas questões metaéticas, as quais, no final das contas, são referentes à relação entre características descritivas e avaliativas. A formulação acima constitui uma simplificação extrema, porque essa transição discutível também pode ser considerada como fazendo parte dos assim chamados “conceitos densos”, já que o seu conteúdo inclui aspectos tanto descritivos quanto avaliativos. Para o escopo deste artigo, não é necessário nos aprofundarmos em uma configuração metaética mais detalhada no tocante a essa relação; cp. a esse respeito QUANTE; VIETH, 2002 e VIETH; QUANTE, 2010.

do “é uma pessoa”, apontando características e capacidades, as quais um x deve possuir para que possamos aplicar esse predicado a x.

Se nós aplicarmos a segunda possibilidade, no caso da personalidade, não há dificuldade em apontar características e capacidades devido às quais uma entidade x pertence à classe de pessoas. Os problemas, na verdade, surgem devido ao fato de haver listas concorrentes dessas características constitutivas da pessoa, e de não ser possível chegar a um consenso no tocante a que lista apresenta a interpretação correta do predicado “é uma pessoa” (essa avaliação não exclui a possibilidade de haver uma interseção entre listas concorrentes). O predicado “é uma pessoa” destaca-se por sua grande variabilidade histórica e cultural, a qual advém da complexa história do conceito de pessoa e dos inúmeros contextos de sua aplicação. Além disso, muitas listas, nas quais essas características constitutivas da pessoa são citadas, não são – se consideramos o modo como teorias filosóficas são construídas – estruturadas: não há ordem interna entre os quesitos individuais nem é possível saber se a lista é aberta ou se é definitiva.<sup>22</sup>

**O predicado “é uma pessoa” destaca-se por sua grande variabilidade histórica e cultural, a qual advém da complexa história do conceito de pessoa e dos inúmeros contextos de sua aplicação.**

Para procedermos à argumentação, digamos que chegamos a um consenso em relação a uma lista de características constitutivas da pessoa, as quais chamaremos de k, k', k'' etc., e que a existência dessa lista nos permite afirmar em relação a uma entidade x que ela é, em um determinado momento em que ela possui essas características e capacidades, uma pessoa. Essa suposição é aceitável, pois no dia a dia utilizamos o predicado “é uma pessoa” sem problemas na grande maioria dos casos. Ao mesmo tempo, é preciso admitir que eu, com essa formulação conscientemente vaga, acabo contornando uma questão difícil: definir se cada um dos critérios citados (k, k', k'' etc.) é uma condição necessária ou suficiente. Além disso, eu também acabo ignorando se alguns desses critérios são graduáveis e se podemos definir um limiar a partir do qual uma característica ou capacidade k é desenvolvida em quantidade suficiente para que

<sup>22</sup> Se nos libertamos de determinados ideais teóricos da Filosofia, o fato de o predicado “é uma pessoa” ser aberto – o que é pragmático e adequado ao contexto – não é algo negativo. É preciso, entretanto, aceitar que esse predicado não proporciona um critério simples com o qual se possa fundamentar juízos morais obrigatórios. A minha impressão é que é justamente essa fundamentação o que muitos juristas e filósofos esperam do conceito de pessoa, perseguindo assim, na minha opinião, uma ilusão: a esperança de se encontrar um princípio que proporcione tanto uma clara separação de extensão quanto uma diferença moral categorial.

x seja reconhecido como pessoa. Essa minha formulação vaga também faz referência explícita a uma outra dificuldade: durante sua existência, a qual é estendida no tempo, seres humanos podem (e geralmente o fazem de fato) adquirir e perder determinadas características e capacidades. Se – e é o que tudo leva a crer – os critérios da pessoalidade pertencem a esse grupo, então a questão “x é uma pessoa?” deve ser entendida como uma formulação elíptica da questão “x é uma pessoa em um determinado momento?”. Em outras palavras: nós temos que partir do princípio de que “ser uma pessoa” é uma característica que pertence a x em determinado momento de sua existência e em outro não, ou até mesmo que a existência dessa característica nesse x pode ser impossível, devido, por exemplo, a leis biológicas ou a leis relativas ao desenvolvimento psicológico.<sup>23</sup> Alguns candidatos clássicos, que, ao longo da tradição filosófica, foram apontados como características desse gênero, são: “é dotado de razão”, “possui noção de tempo”, “possui consciência da própria existência através do tempo”, “é capaz de reconhecer e aceitar direitos e deveres morais” e “tem a capacidade de elaborar uma autoimagem avaliativa (uma personalidade)”.

Muitos dos critérios da nossa lista são considerados por diferentes teorias éticas como características ou capacidades essenciais por meio das quais é possível fundamentar o *status* moral (ou um *status* moral específico) de entidades.<sup>24</sup> Assim, a resposta à questão da relevância da pessoalidade para a fundamentação do *status* moral de uma entidade depende da ética e da metaética pressupostas. Se se vincula a pessoalidade, por exemplo, somente ao critério “capaz de autodeterminação moral”, e se define na ética em questão essa capacidade como condição necessária e suficiente – ou seja, como única condição – para se possuir o *status* de sujeito moral, então a característica “ser uma pessoa” é *diretamente* relevante eticamente,

<sup>23</sup> Mais adiante, ficará visível nesse ponto que a questão das condições da persistência de pessoas humanas, inclusive no âmbito do tema deste artigo, não pode ser inteiramente ignorada.

<sup>24</sup> Assim, a interseção do emprego descritivo – a qual nos permite utilizar de modo exitoso o predicado “é uma pessoa” na maioria dos contextos no dia a dia – encontra uma correspondência também no emprego prescritivo. Como a Ética Biomédica investiga frequentemente situações controversas, o conceito de pessoa nesse contexto chega amiúde aos limites de sua aplicabilidade não controversa. A reação adequada a essa constatação, a meu ver, não é resolver esses casos controversos por meio de uma análise filosófica do conceito de pessoa ou por meio de afirmações nas quais o “verdadeiro” emprego desse conceito é utilizado; deveríamos, na realidade, tentar resolver as questões morais lançando mão de aspectos não controversos.

pois a fundamentação do *status* moral específico dessa entidade é consequência dessa característica. Se, ao contrário, se parte de uma interpretação complexa da característica da personalidade, então a lista de características constitutivas da pessoa pode conter critérios, os quais, dentro de uma teoria ética, não assumem absolutamente nenhuma função de fundamentação do *status* moral; um possível exemplo disso seria o critério “capacidade de utilizar ferramentas”. Poderia até mesmo acontecer de uma ética chegar à conclusão de que nenhuma característica da nossa lista de características constitutivas da pessoa pode assumir uma tal função de fundamentação; esse é o caso, por exemplo, se alguém, no tocante à concepção de moral, é niilista ou ao menos cético; esse também é o caso se alguém vincula o *status* moral de uma entidade somente à sua corporeidade ou à sua capacidade de sentir, e não às características e capacidades por meio das quais pessoas se diferenciam de formas de vida não pessoais.

Para continuarmos com nossas reflexões, suponhamos que estamos tratando de uma concepção de ética na qual ao menos um dos critérios centrais da personalidade também constitui uma característica central da fundamentação utilizada para a atribuição do *status* moral de uma entidade. Nesse caso pode-se falar de uma relevância ética *indireta* da personalidade para o *status* moral de uma entidade: a classificação de *x* como pessoa é, ao mesmo tempo, a atribuição (implícita) de uma característica *k*, a qual, na concepção de ética pressuposta, funciona como fundamentação do *status* moral de *x*.<sup>25</sup> Um exemplo disso seria o critério “capaz de elaborar preferências racionais”, critério que, em algumas éticas, constitui o *status* moral de uma entidade, o qual fundamenta a reivindicação de que essas preferências sejam observadas.

É evidente que a maior parte das concepções éticas aceitam como candidatas plausíveis para a fundamentação do *status* moral de uma entidade precisamente as características e capacidades que ao mesmo tempo estão nas listas plausíveis de características constitutivas da pessoa. Aqui faz-se necessário realizarmos mais uma diferenciação dentro das teorias, as quais atribuem, justamente em um sentido explícito, uma relevância ética indireta ao conceito de pessoa.

<sup>25</sup> Se se trata de concepções éticas divergentes, a condição correspondente é: *k* pertence à interseção entre as concepções éticas em questão.

Essa diferenciação torna-se factualmente plausível quando dois pontos estão claros. Primeiro: toda lista plausível de características e capacidades que constituem a personalidade faz com que as entidades que têm seu *status* de personalidade reconhecido tenham um perfil relativamente exigente. Isso significa que uma concepção de ética que sujeita o *status* moral exclusivamente à personalidade corre o risco de causar um efeito de exclusão considerável.<sup>26</sup> Devido a isso, inúmeras concepções de ética decidem considerar apenas uma parcela dos critérios da nossa lista de características constitutivas da pessoa como critérios constitutivos do *status* moral de uma entidade, para assim ampliar a quantidade de entidades, às quais pode ser atribuído um *status* moral. Esse é um caso de relevância ética *parcialmente indireta* do conceito de pessoa.

Segundo ponto: muitas das características e capacidades que se encontram na maioria das listas de características constitutivas da pessoa são capacidades cognitivas de nível mais elevado às quais é atribuída uma importância ética especial no âmbito de muitas tipologias éticas, nas quais essas capacidades são inseridas, por exemplo, à frente de outras exigências éticas, ou são até mesmo posicionadas em uma categoria superior. Assim, a personalidade pode corresponder a um *status* moral extraordinário dentro do universo de todas as entidades com *status* moral reconhecido. Essas concepções éticas, entre as quais se encontram, segundo minha interpretação, as de Peter Singer e Michael Tooley, evitam os efeitos excludentes do conceito de pessoa na Ética, pois não vinculam o *status* moral *lato sensu* a características pertencentes às características constitutivas da pessoa (ou, ao menos, não o vinculam às características e capacidades exclusivas de pessoas). Ao mesmo tempo, porém, elas relacionam a personalidade a um *status* moral específico, como, por exemplo, o direito à vida, o qual é justificado com base nas capacidades que diferenciam pessoas de outras formas de vida. Em teorias desse gênero, o conceito de pessoa possui uma relevância ética *indireta e superior à dos outros conceitos*.

Façamos um resumo das reflexões realizadas até agora: mesmo quando a questão da relevância do conceito de pessoa para o *status* moral de uma entidade é precisada tomando-se como base o

<sup>26</sup> Exemplos clássicos desse efeito de exclusão são apresentados, no meu entender, na autonomia moral de Kant e na Ética do Discurso de Apel ou de Habermas.

conceito de pessoa na sua função descritivo-categorial e criando com isso um liame com a questão das condições da personalidade, não é possível dar uma resposta simples. Essa resposta depende tanto de escolhas teóricas adicionais dentro da ética e da metaética em questão quanto de interpretações concretas da personalidade na forma de uma lista de características constitutivas da pessoa. Como será demonstrado no último parágrafo deste artigo, as opções e problemas relacionados à utilização do conceito de pessoa como recurso de fundamentação do *status* moral de uma entidade, no final das contas, surgem novamente no contexto do uso jurídico desse conceito, uso esse que abrange a seguinte tríade conceitual: pessoa de direito, pessoa física e capacidade jurídica.

**(...) enquanto “pessoa” representa o emprego descritivo, “pessoa de direito” é o termo utilizado na caracterização de um status moral extraordinário.**

### **PESSOA DE DIREITO? QUESTÕES FILOSÓFICAS**

Uma interpretação sistematicamente generosa da diferenciação jurídica entre “pessoa” e “pessoa de direito” retoma esses dois conceitos como uma diferenciação terminológica entre os empregos prescritivo-categorial e descritivo-categorial do conceito de pessoa: enquanto “pessoa” representa o emprego descritivo, “pessoa de direito” é o termo utilizado na caracterização de um *status* moral extraordinário. A questão que busco tratar neste artigo pode, então, ser formulada do seguinte modo: esclarecer a relevância do conceito de pessoa para o *status* moral de pessoas (naturais). Devemos, porém, levar em consideração que a diferenciação entre “pessoa” e “pessoa jurídica” faz com que o primeiro conceito seja evocado no seu emprego descritivo-categorial, ou seja, trata-se neste artigo da relevância da personalidade (entendida no sentido descritivo-categorial) para o *status* moral da pessoa. Se essa explanação a respeito da questão tratada no artigo está correta, nós podemos, de fato, apontar o conceito de pessoa como um critério de fundamentação que nos permite justificar essa atribuição normativa de *status*. X é uma pessoa de direito porque x é uma pessoa. Porém, com isso o problema da fundamentação apenas é deslocado para outro nível, pois a partir desse momento nós podemos (e devemos) perguntar por que e de que modo a personalidade justifica a atribuição do *status* moral “pessoa de direito”. Por meio da diferenciação terminológica, evita-se que um conceito (normativo) funcione como seu próprio critério (descritivo). No entanto, a questão



da fundamentação não é resolvida com isso, sendo, devido a essa diferenciação terminológica, na verdade, desvelada.

Nesse ponto fica evidente que a construção jurídica inteira pode se ver confrontada com os mesmos dilemas que caracterizam o debate a respeito do *status* moral da personalidade na Ética Biomédica.<sup>27</sup> Nesse caso, se meu ponto de vista está correto, há três opções possíveis. A *primeira* seria afirmar que “pessoa” é o mesmo que “ser humano”. Essa possibilidade é sugerida pela interpretação de “pessoa natural” como “todo ser humano”. Se se entende que o que define o ser humano é o pertencimento à espécie biológica, então surge um problema: esse pertencimento, sendo um critério puramente biológico, não constitui uma fundamentação válida para a atribuição de um *status* moral. Se se entende “ser humano” como um outro conceito, o qual possui componentes de significado que são simultaneamente avaliativos e normativos, então a suposição de que todo indivíduo humano em todos os momentos da sua existência individual é um ser humano nesse sentido específico é imediatamente colocada em questão. Em outras palavras: como conceito biológico, “ser humano” comporta a quantificação universal “todo ser humano”, mas isso tem um preço: esse conceito não pode mais carregar a responsabilidade de fundamentar a atribuição do *status* moral. No outro sentido, no qual “ser humano” possui componentes de significado avaliativos e normativos, a tese da coextensividade – ou seja, a suposição de que todo ser humano em todos os momentos da sua existência individual é um “ser humano” nesse sentido específico – passa a ser discutível.

Segunda opção: se, em vez do exposto no parágrafo anterior, interpretamos a personalidade com base nas características constitutivas da pessoa que resultam da questão relativa às condições da personalidade, então nos deparamos, como visto acima, com determinadas características e capacidades de entidades, características e capacidades essas que são reconhecidas em quase todas as Éticas e na nossa Ética Prática cotidiana como critérios que fundamentam o *status* da personalidade e o *status* moral de entidades. Porém, desse modo, a tese da coextensividade, segundo a qual todo ser humano é uma pessoa, deixa de ser plausível. Há indivíduos humanos que, em

<sup>27</sup> Cp. a esse respeito QUANTE, 2002, 2014.



**A única característica indiscutível, com base na qual a tese da coextensividade pode ser fundamentada, está na suposição de que o pertencimento à espécie biológica “ser humano” é suficiente para que se configure a personalidade.**

nenhum momento da sua existência, desenvolvem as características e capacidades necessárias para que se configure a personalidade compreendida no seu sentido descritivo, e é válida para todos os indivíduos humanos a afirmação de que eles não dispõem dessas características e capacidades em todos os momentos de sua existência. A única característica indiscutível, com base na qual a tese da coextensividade pode ser fundamentada, está na suposição de que o pertencimento à espécie biológica “ser humano” é suficiente para que se configure a personalidade.<sup>28</sup> Mas se aceitássemos isso estaríamos interpretando de um modo profundamente diferente a concepção de personalidade no tocante à história e ao nosso entendimento corriqueiro desse conceito. Além disso, essa interpretação não permite que cheguemos de modo direto e válido à fundamentação do *status* moral da pessoa de direito.

É possível que este problema sistemático seja velado pelo uso do conceito de capacidade jurídica, conceito esse que aparece nas interpretações da relação entre pessoa de direito e pessoa. Isso ocorre pois nesse caso há também a opção de que a capacidade jurídica funcione ou como sinônimo de pessoa de direito e, com isso, como indicador do *status* moral – mas aí, no entanto, surgiria, com a mesma intensidade e do mesmo modo que anteriormente, a questão dos critérios descritivos e normativos da atribuição de capacidade jurídica –, ou, então, como um substituto das características constitutivas da pessoa. Nesse último caso, mais uma vez é necessário (i) que se coloque a seguinte questão: quais capacidades caracterizam essas capacidades jurídicas? Além disso, deve-se (ii) verificar se com base nisso a tese da coextensividade pode ser considerada plausível. De modo furtivo, o conceito de capacidade jurídica parece exercer certa atração, pois o termo “capacidade” também pode ser entendido no sentido de um potencial de aperfeiçoamento das características e capacidades necessárias para a configuração da personalidade no decorrer do desenvolvimento natural. Se lançássemos mão dessa interpretação de capacidade, adquiriríamos todos os problemas do conceito de potencialidade e, mais especificamente, de uma concepção de pessoas em potencial, mas ao menos uma pergunta continuaria sem resposta: é possível sustentar a tese da coextensividade sem especismo ou sem ferir a Lei de Hume?

<sup>28</sup> Com esta formulação, admite-se conceitualmente a possibilidade de pessoas não-humanas.

A terceira opção, finalmente, seria afirmar que o conceito de pessoa é simultaneamente normativo e descritivo – ou seja, que é um conceito denso. Seria necessário, porém, para evitar as dificuldades e o ônus da prova que acabamos de mencionar, acrescentar a seguinte afirmação: o *status* da pessoa indicado pelo termo “pessoa” é uma característica de entidades que não pode ser desenvolvida para além disso e à qual podemos nos referir sem base em critérios específicos. Nossas considerações metodológicas demonstram claramente que uma concepção desse gênero não apenas não é uma fórmula mágica da Ética ou do Direito, mas que ela fere as condições da argumentação racional.<sup>29</sup>

Uma quarta possibilidade seria entender “capacidade jurídica” simplesmente como um indicador da regra gramatical do predicado “pessoa de direito”, ou seja, como referência ao fato de que uma entidade x pode, sem que se incorra em erro, ser denominada gramaticalmente como pessoa de direito. Dentro desse entendimento não é apresentada nenhuma fundamentação para que este x ou um x do tipo Y seja considerado como uma pessoa de direito. Em outras palavras: ou se trata, no caso dessa classificação, de uma mera escolha, ou, ao menos, de uma informação cuja fundamentação não é apresentada. Se assumimos que o Direito pode, em muitos casos, presumir que a questão do *status* moral seja esclarecida pela Ética, então esse esclarecimento jurídico *elíptico* relativo ao uso da expressão “pessoa de direito” é adequado. Entretanto, esse esclarecimento revela-se insuficiente nos casos em que, no próprio Direito, a questão da extensão do predicado “pessoa de direito” passa a ser discutida ou se torna controversa. É exatamente aí que a divisão de tarefas entre o Direito e a Moral entra em colapso, pois não há mais uma fundamentação presumida para a definição dessa extensão.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Cp. a esse respeito GUTMANN, 2010.

<sup>30</sup> O presente artigo é uma versão corrigida e ampliada de outro artigo meu, “Die Bedeutung des Personenbegriffs für den moralischen Status der Person” (“O significado do conceito de pessoa para o *status* moral da pessoa”).

## REFERÊNCIAS

- GUNNARSSON, Logi. *Philosophy of Personal Identity and Multiple Personality*. London: Routledge, 2010.
- GUTMANN, Thomas. Würde und Autonomie. Überlegungen zur Kantischen Tradition. *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, Berlin, v. 15, p. 5-34, 2010.
- HENNING, Tim. *Person sein und Geschichten erzählen*. Berlin: De Gruyter, 2009.
- QUANTE, Michael. *Personales Leben und menschlicher Tod*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.
- QUANTE, Michael. The Social Nature of Personal Identity. *Journal of Consciousness Studies*, London, v. 14, n. 5-6, p. 56-76, 2007.
- QUANTE, Michael. Person. In: GOSEPATH, Stefan et al. (Orgs.). *Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie*. Berlin: De Gruyter, 2008. v. 2, p. 977-981.
- QUANTE, Michael. *Person*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 2012.
- QUANTE, Michael. *Die Wirklichkeit des Geistes*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011.
- QUANTE, Michael. Personale Identität und Tiefenhirnstimulation. In: MANZESCHKE, Arne; ZICHY, Michael (Orgs.). *Therapie und Person: Ethische und anthropologische Aspekte der tiefen Hirnstimulation*. Münster: Mentis, 2013. p. 27-46.
- QUANTE, Michael. *Menschenwürde und personale Autonomie: Demokratische Werte im Kontext der Lebenswissenschaften*; 2. ed. Hamburg: Meiner Verlag, 2014.
- QUANTE, Michael; VIETH, Andreas. In Defence of Principlism Well Understood. *Journal of Medicine and Philosophy*, Houston, v. 27, p. 621-649, 2002.
- VIETH, Andreas; QUANTE, Michael. The Structure of Perception in Particularist Ethics. *Ethical Perspectives*, Leuven, v. 17, n. 1, p. 5-39, 2010.
- WIGGINS, David. *Sameness and Substance Renewed*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

UMA RESENHA CRÍTICA DE  
*JUDICIAL DELIBERATIONS:*  
*A COMPARATIVE ANALYSIS OF*  
*JUDICIAL TRANSPARENCY AND*  
*LEGITIMACY.* OXFORD: OXFORD  
UNIVERSITY PRESS, 2009

Guilherme da Franca  
Couto Fernandes  
de Almeida  
Mestrando em Direito,  
Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro.  
Pesquisador, Escola  
de Direito da Fundação  
Getúlio Vargas.  
almeida2808@gmail.com.

A critical review of *Judicial  
Deliberations: A Comparative  
Analysis of Judicial Transparency  
and Legitimacy.* Oxford: Oxford  
University Press, 2009.

## RESUMO

Mitchel Lasser, em sua aclamada obra *Judicial Deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy* (2009), oferece uma análise comparativa de três tribunais: a Corte de Cassação francesa, a Suprema Corte americana e a Corte Europeia de Justiça. Seu principal foco é mostrar que a visão comparatista tradicional, que ele atribui a autores como Dawson e Merryman, não corresponde à realidade. Lasser compara as práticas argumentativas e deliberativas dos três tribunais e as consequências que essas práticas têm sobre dois elementos: transparência e legitimidade. Pretendo argumentar que, mesmo que aceitemos as descrições que Lasser faz de cada um dos sistemas jurídicos, a falta de clareza em torno desses conceitos (legitimidade e transparência) dificultam a avaliação de alguns dos argumentos centrais da obra. Por fim, as evidências apresentadas a respeito de algumas das afirmações do livro não parecem suficientes.

**Palavras-chave:** Direito Comparado, Legitimidade, Transparência, Deliberações Judiciais.

## Abstract

Mitchel Lasser, in his acclaimed *Judicial Deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy* (2009), offers a comparative analysis of three courts: the French Cour de Cassation, the US Supreme Court and the European Court of Justice. His focus is to question the accuracy of the traditional American comparative view, which he identifies in the works of Dawson and Merryman. Lasser compares the argumentative and deliberative practices of the three courts and the consequences that those practices have over two elements: transparency and legitimacy. I intend to argue that, even if we accept Lasser's description of each judicial systems, his lack of clarity regarding those concepts (legitimacy and transparency) makes it difficult to evaluate some of his central claims. Finally, some of the claims advanced in the book do not seem to follow from the evidences the author presents.

**Keywords:** Comparative Law, Legitimacy, Transparency, Judicial Deliberations.

## INTRODUÇÃO

Mitchel Lasser oferece uma análise comparativa de três tribunais e, por extensão, três sistemas jurídicos diferentes (cap. 5): ele analisa as práticas discursivas da Corte de Cassação francesa (caps. 2 e 6), da Suprema Corte americana (cap. 3) e da Corte Europeia de Justiça (caps. 4 e 7). Seu principal foco é mostrar que a visão comparatista tradicional, que ele atribui a autores como Dawson<sup>1</sup> e Merryman<sup>2</sup>, não corresponde à realidade. Essa narrativa diz, basicamente, que “O processo de decisão civilista [...] carece da legitimidade apropriada precisamente porque ele carece de transparência suficiente. As decisões civilistas são pouco mais que decretos enigmáticos e técnicos”<sup>3</sup>.

Lasser, porém, pretende mostrar que por trás das decisões monolíticas, apócrifas e colegiadas existem ricas discussões sobre as consequências sociais e a correção moral das decisões da Corte de Cassação, que, porém, estão “escondidas” em um discurso semioficial, que não é publicado, mas que prova que o sistema judicial francês é tão ou mais aberto a considerações deste tipo quanto o sistema americano, falsificando a visão tradicional dos comparatistas americanos. O discurso judicial francês se encontra bifurcado em dois tipos de

<sup>1</sup> LASSER, 2009, p. 4.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 14. Esta e todas as outras citações em português à obra de Lasser foram traduzidas pelo autor.

documentos muito diferentes: a decisão judicial oficial, que é monolítica, apócrifa, colegiada e professoral e os pareceres dos Advogados Gerais<sup>4</sup>, que exprimem questões abertamente morais e politicamente orientadas através de uma linguagem pessoal e insegura.

Essa prática discursiva bifurcada, porém, não implicaria um déficit de transparência e legitimidade do sistema francês. Lasser defende que as peculiaridades institucionais e a “blindagem” fornecida pela não-publicação de parte do discurso judicial francês na verdade tornam o sistema tão ou mais transparente e legítimo do que o sistema americano. O argumento de Lasser pode ser resumido da seguinte forma: o sistema judicial francês é composto por agentes formados nas escolas nacionais; essas escolas oferecem ensino gratuito a todos os membros da sociedade francesa e, após o rigoroso processo de seleção meritocrático dessas escolas, a “elite” resultante é representativa da sociedade como um todo (ou, pelo menos, mais representativa do que elites jurídicas de outros países, como os Estados Unidos); essas elites deliberam atrás de portas fechadas, o que lhes permite debater em termos mais abertos do que o discurso americano “unificado”; a transparência do processo deliberativo nem sempre traz resultados desejáveis, como a literatura americana sobre “sunshine laws”<sup>5</sup> evidencia; logo, os resultados do sistema judicial francês são mais legítimos do que os resultados do sistema judicial americano, enquanto a transparência das decisões é plenamente garantida para a “elite” que de fato influencia e é influenciada pelas decisões das cortes altas francesas. Além do mais, parte da opacidade das decisões oficiais é mitigada pela publicação conjunta de “notas” doutrinárias, documentos produzidos por acadêmicos que discutem as questões substantivas e a progressão histórica do judiciário francês sobre o tema em questão.

A análise de Lasser sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos se dá em contraposição à sua descrição da Corte de Cassação. Onde na França há bifurcação, nos Estados Unidos há integração: não há

<sup>4</sup> Advogados Gerais, segundo Lasser, são “membro[s] do *Ministère public*, um corpo de magistrados que argumentam perante à corte na capacidade de *amicus curiae* [...]” (p. 47). Como a própria terminologia sugere, os Advogados Gerais, na França, cumprem função análoga àquela que cumpre o Ministério Público brasileiro nos casos onde ele é ouvido como *custus legis*.

<sup>5</sup> “Sunshine laws” são o nome pelo qual parte da literatura acadêmica norte-americana chama leis que têm como objetivo aumentar a transparência dos processos deliberativos administrativos e judiciais.

a separação do discurso em documentos oficiais e não oficiais e as decisões oficiais são compostas tanto de elementos formalistas, que parecem implicar a aplicação técnica de regras claras, quanto de discussões substantivas sobre a justiça e equidade<sup>6</sup>. O exemplo paradigmático desse estilo argumentativo está nas decisões que aplicam testes de múltiplas partes<sup>7</sup>.

A Corte Europeia de Justiça, por sua vez, seria uma espécie de modelo híbrido: ela mantém várias características do discurso judicial francês, como a bifurcação, mas emprega um modo de discurso “argumentativo”, mais próximo do sistema americano, com decisões um pouco mais longas e a publicação das opiniões dos Advogados Gerais. Sua conclusão não poderia ser mais pessimista: “ela carrega todas as possibilidades e problemas dos modelos francês e americano, mas não vai suficientemente em nenhuma direção para resolver os problemas ou aproveitar as vantagens de qualquer um dos dois”<sup>8</sup>.

Jan Komárek criticou os argumentos de Lasser tendo como principal foco a ideia de que suas representações dos sistemas jurídicos sob análise não são verdadeiras<sup>9</sup>. Komárek procurou mostrar que muitas das conclusões de Lasser a respeito dos três sistemas jurídicos são controversas nas literaturas nacionais, lançando dúvidas sobre as conclusões do autor. Komárek, por exemplo, discorda da caracterização que Lasser faz da Corte de Justiça Europeia como uma tentativa de combinar a bifurcação francesa com o estilo argumentativo misto do sistema americano: na verdade, argumenta Komárek, o sistema francês é apenas uma de muitas influências na prática argumentativa europeia e as características singulares dessa prática são melhor explicadas por essa diversidade de influências do que pela falta de uma bifurcação mais extrema<sup>10</sup>. Na segunda parte de sua resenha e de maneira menos detida, Komárek critica a falta de clareza conceitual e as poucas evidências que Lasser traz para sustentar suas afirmações mais ousadas. A presente resenha tem como foco esse segundo tipo de críticas.

<sup>6</sup> LASSER, 2009, p. 101.

<sup>7</sup> V. *idem*, p. 78-87 e 280-285.

<sup>8</sup> LASSER, 2009, p. 357.

<sup>9</sup> KOMÁREK, 2009.

<sup>10</sup> KOMÁREK, 2009, p. 822.

Pretendo argumentar que, mesmo que aceitemos as descrições que Lasser faz de cada um dos sistemas jurídicos, a falta de clareza em torno de conceitos como (I) legitimidade e (II) transparência dificultam a avaliação dos argumentos centrais da obra. Um deles – afirmar o alto nível de transparência e legitimidade no sistema judicial francês comparado aos dois outros – depende quase exclusivamente da definição que damos a esses termos disputados. Compreender legitimidade, por exemplo, da maneira com a qual o termo geralmente é empregado nos debates sobre contramajoritarismo<sup>11</sup>, nos leva a questionar muitas das comparações centrais de Lasser, como a similaridade dos formalismos americano e francês.

Da mesma forma, conforme observou Komárek<sup>12</sup>, (III) as evidências apresentadas a respeito de algumas das afirmações do livro não parecem suficientes. Um bom exemplo está nas diferenças que Lasser aponta entre a importância da doutrina americana com relação às doutrinas francesa e europeia<sup>13</sup>. De maneira similar, muita ênfase é dada a aspectos aparentemente irrelevantes do estilo linguístico dos atores jurídicos de cada país.

## I. LEGITIMIDADE

Uma das principais preocupações de Lasser é comparar as práticas argumentativas e deliberativas dos três tribunais e as consequências que essas práticas têm sobre dois elementos: transparência e legitimidade. Embora esse objetivo não esteja enunciado de maneira suficientemente explícita no corpo da obra, o título do livro é bastante elucidativo: “*Deliberações judiciais: uma análise comparativa da transparência e legitimidade judiciárias*”. Da mesma forma, o título do último capítulo, “*Debate, deliberação e legitimidade*”, reforça a ênfase dada à legitimidade judicial comparada de cada um dos sistemas. Como vimos, porém, as conclusões que Lasser tira das descrições que ele mesmo faz a respeito de cada um dos sistemas só pode ser aceita caso adotemos conceitos pouco correntes dos disputados termos transparência e legitimidade.

<sup>11</sup> FRIEDMAN, 2001; TUSHNET, 1999; WALDRON, 2006.

<sup>12</sup> KOMÁREK, 2009.

<sup>13</sup> LASSER, 2009, p. 341.



Waldron, resumindo os argumentos contra o controle judicial de atos legislativos (*judicial review*), os divide em duas frentes: argumentos com base em resultados e argumentos com base no procedimento<sup>14</sup>. O primeiro grupo de argumentos diz respeito à qualidade das decisões, enquanto o segundo diz respeito à legitimidade das mesmas. O foco da literatura sobre “a dificuldade contramajoritária”, para citar a expressão amplamente atribuída a Alexander Bickel<sup>15</sup>, é o segundo grupo de argumentos<sup>16</sup>. Em geral, portanto, falar da legitimidade do judiciário costuma implicar considerações do tipo: qual a legitimidade que um órgão não-eleito/não-representativo tem para tornar sem efeito/anular a decisão de um órgão eleito/representativo?

Lasser apresenta argumentos interessantes para sustentar a legitimidade comparativa do judiciário francês a partir da afirmação de que o mesmo é representativo da sociedade francesa. Afinal, os membros do poder judiciário francês são formados todos em escolas e faculdades públicas gratuitas e selecionados por meio de concursos técnicos e meritocráticos. Contudo, algumas distinções feitas pelo autor, que se revelam importantes para outros argumentos, parecem indicar uma certa confusão conceitual.

Para começar, há a classificação de decisões como “formalistas”. Embora o termo aparentemente seja utilizado por Lasser de maneira mais despreocupada, é comum usá-lo na literatura acadêmica para se referir a um certo modelo de tomada de decisões defendido por um conjunto de juízes e acadêmicos. Sunstein, por exemplo, usa o termo para adjetivar as teorias da adjudicação defendidas por Schauer e pelo *Justice* Scalia em sua atuação na Suprema Corte americana<sup>17</sup>.

O termo, conforme empregado, gera certa confusão justamente pela proximidade do problema que Lasser pretende analisar (legitimidade das decisões judiciais) com o problema contramajoritário. Um dos argumentos que proponentes do modelo de tomada de decisões formalista – que defende que decisões sejam baseadas em regras, focadas em argumentos textuais e resistentes a argumentos puramente

<sup>14</sup> WALDRON, 2006.

<sup>15</sup> Ver WALDRON, 2006; FRIEDMAN, 2001; TUSHNET, 1999.

<sup>16</sup> FRIEDMAN, 2001.

<sup>17</sup> SUNSTEIN, 1999; SCHAUER, 1988 e 1991.

morais – usam para defendê-lo é justamente aquele descrito por Waldron<sup>18</sup>: o legislativo é eleito, o judiciário, não (isso é válido para as três cortes que Lasser analisa); logo, o judiciário deveria ter uma atitude de auto contenção com relação à sua atuação, procurando evitar a invasão da esfera reservada ao legislador, que, afinal, está legitimado a tomar decisões sobre assuntos moralmente sensíveis para a comunidade.

Nesse sentido, decisões formalistas seriam aquelas que procuram aplicar o direito preexistente, respeitando a alocação de poderes entre legisladores e adjudicadores. Esse parece ser o caso do direito francês. Quando Lasser classifica as decisões oficiais da Corte de Cassação – silogísticas<sup>19</sup>, aparentemente alheias a argumentos substantivos e etc. – como decisões “formalistas”<sup>20</sup>, não há discordância na forma como ele emprega o termo e como proponentes desse modelo de tomada de decisões o empregariam.

A análise que Lasser propõe sobre a Suprema Corte americana, porém, evidencia que sua utilização não distingue entre decisões que aplicam direito preexistente e decisões que criam direito novo. Em primeiro lugar, Lasser procura mostrar que existe uma certa desconfiança na Suprema Corte tanto sobre o uso direto de argumentos substantivos (*policy arguments*) quanto sobre o uso de argumentos formalistas<sup>21</sup>. Na sequência, ele pretende demonstrar que, não obstante, argumentos dos dois tipos coexistem, em particular nos testes de múltiplas partes<sup>22</sup>.

O exemplo eleito por Lasser é um caso de regra judicialmente enunciada: segundo a descrição que Lasser faz do caso, em *Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*, a Suprema Corte reformou seu entendimento anterior, enunciado no caso *Spector Motor Service, Inc. v. O'Connor*. As razões pelas quais a Suprema Corte resolveu reformar esse entendimento anterior (*overrule*) foram explicitamente substantivas e declaradamente anti-textualistas, sendo, portanto, um exemplo de que a Suprema Corte faz uso direto de argumentos substantivos,

<sup>18</sup> WALDRON, 2006.

<sup>19</sup> LASSER, 2009, p. 34.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 243.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 64-78.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 78-87.

enquanto suspeita de argumentos formalistas<sup>23</sup>. Ao decidir *Complete Auto*, porém, a Suprema Corte também foi formalista: “Apesar de toda a arenga explicitamente anti-formalista e da análise politicamente orientada (*policy-oriented*) das decisões da Corte que estabelecem testes de várias partes, é importante reconhecer, porém, que a estrutura e a retórica dessas decisões possuem e produzem um impulso patentemente mecânico ou formalista”<sup>24</sup>.

Formalismo, nesse caso, não se referiria a uma determinada teoria da adjudicação, que prevê a autocontenção do judiciário, mas sim a uma determinada forma de estruturar regras, que parece ter como objetivo garantir sua aplicação futura.

No capítulo 9, Lasser tenta mostrar como o modo argumentativo da Suprema Corte é representativo do sistema judicial americano como um todo (p. 271). Nele, Lasser analisa algumas decisões proferidas por tribunais federais americanos sobre a aplicação do Código Comercial Unificado para mostrar que também em outras cortes americanas são utilizados testes de múltiplas partes<sup>25</sup>. A diferença fundamental é que nenhuma das decisões que Lasser apresenta cria uma regra jurisprudencial, como é o caso em *Complete Auto*. Todas são exemplos ou da aplicação de um teste anteriormente criado ou da representação de um determinado trecho do Código na forma de um teste de múltiplas partes. Existe uma diferença óbvia entre essas duas categorias que Lasser chama de formalismo, e essa diferença é relevante para uma análise dos efeitos que cada um tem sobre a legitimidade de um dado sistema judicial.

Se Lasser pretendesse afirmar simplesmente que as cortes americanas empregam um estilo argumentativo “integrado”, bastaria comprovar a existência concomitante de decisões oficiais, públicas e transparentes que apresentassem, por um lado, aspectos formalistas e, por outro, argumentos substantivos. Como o objetivo é comparar a legitimidade de dois sistemas judiciais, porém, parece estranho aglutinar os dois tipos de formalismo que Lasser

<sup>23</sup> *Idem*, p. 79.

<sup>24</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 280.

apresenta<sup>26</sup>. Afinal, a longeva discussão acadêmica sobre a dificuldade contramajoritária diria que um deles é problemático do ponto de vista da legitimidade, enquanto o outro não.

Para retomar o argumento de Lasser: a defesa que o autor faz do modelo francês de seleção e treinamento dos juízes, que formam uma “elite” representativa da sociedade francesa faria sentido e seria uma boa objeção ao argumento contramajoritário se e somente se os juízes franceses estivessem engajados no tipo de decisão que nega efetividade/anula uma regra enunciada pelo legislativo. Afinal, o argumento seria que os juízes franceses são mais representativos da sociedade francesa do que os juízes americanos e, portanto, o déficit democrático destes com relação ao legislativo francês seria menor do que o daqueles com relação ao legislativo americano. Como esse não é o caso – juízes franceses não enunciam regras gerais – essa questão nunca chega a ser relevante<sup>27</sup>.

A comparação do estilo deliberativo das cortes, na verdade, parece oferecer subsídios para que Lasser faça afirmações a respeito da qualidade das decisões produzidas por cada um desses sistemas judiciais. Acredito que chamar o controle da qualidade das decisões de legitimidade algo estranho, justamente por desviar do uso que juristas geralmente fazem desse termo<sup>28</sup>.

## 2. TRANSPARÊNCIA

Em alguns momentos, Lasser parece pretender lançar dúvidas sobre a ideia comparatista tradicional de que o modelo francês é pouco transparente. Ele aponta que: 1) as decisões oficiais costumam ser publicadas acompanhadas de notas doutrinárias que explicam a deliberação moral da corte e 2) a elite judicial francesa é relativamente pequena e suficientemente próxima para que todos os intérpretes

**26** Eu não quero dizer, com isso, que o judiciário francês, na visão de Lasser, é legítimo por causa de seu formalismo. Essa afirmação não é feita por Lasser, haja visto que, para ele, a concisão francesa não prejudica a legitimidade conferida por mecanismos republicanos, mas a concisão em si não é um dos fatores que legitimam o judiciário francês. O meu argumento afirma apenas que a concisão francesa é relevante para avaliar a legitimidade comparada entre sistemas judiciais, haja vista a longa tradição da literatura sobre contramajoritarismo.

**27** É importante perceber que a questão suscitada por Waldron (2006) diz respeito única e exclusivamente à revisão judicial de atos legislativos provenientes do poder legislativo. O debate mais antigo sobre o exercício de discricionariedade por parte dos juízes já é tido como superado fora da França (vide SCHAUER, 1988, 1991).

**28** Ver WALDRON, 2006.

relevantes da jurisprudência da Corte de Cassação tenham perfeita ciência da linha de argumentação adotada.

Esses dois fatores, porém, dependem da resposta afirmativa a uma questão que Lasser apelida de a questão “Fred Schauer”: “quem lê decisões judiciais, de qualquer forma?”:

Se é verdade [...] que mesmo as decisões da Suprema Corte americana são, na maior parte das vezes, lida apenas por juristas (desde juízes de primeira instância até advogados) [...] que diferença faz, por exemplo, que a Corte de Cassação francesa publique decisões que deixam transparecer menos aparentemente<sup>29</sup>, desde que os juristas franceses sejam capazes de coletar, reunir e decifrar ao menos tanta informação e direção por meios alternativos reconhecidos, como as notas da doutrina?<sup>30</sup>

Sem dúvidas, se reconhecermos que apenas os juristas leem as decisões judiciais, que esses juristas têm acesso às notas doutrinárias e que, presumidamente, fazem parte de uma elite judicial pequena e concentrada, não haverá nenhuma diferença significativa entre a transparência das decisões francesas e americanas. Se não reconhecermos que apenas os juristas leem as decisões judiciais ou, por outro lado, se defendemos normativamente que decisões judiciais devem ser acessíveis à população em geral, tenderemos a concordar mais com a visão comparatista americana tradicional do que com a revisão de Lasser.

Parece, portanto, que o argumento do autor depende da resposta afirmativa à questão Fred Schauer. No capítulo 9, ao fazer os comentários supra sobre essa questão, Lasser faz uma promessa: essas e outras questões difíceis serão discutidas nos capítulos 10 e 11. Infelizmente, os capítulos 10 e 11 não discutem a questão Fred Schauer e, portanto, se quisermos aceitar o argumento de Lasser sobre a transparência do sistema judicial francês, teremos que buscar toda a carga argumentativa na obra de Schauer e não nas 401 páginas do livro sob análise.

<sup>29</sup> No original: “[...] what difference does it make, for example, that the French Cour de cassation publishes decisions that disclose less on their face [...]”.

<sup>30</sup> LASSER, p. 264.

### 3. EVIDÊNCIAS

A obra apresenta algumas afirmações excessivamente fortes, que não parecem se seguir das evidências apresentadas pelo autor. Outras vezes, o próprio autor lança dúvidas sobre afirmações centrais para seus argumentos. Um bom exemplo acontece com relação à legitimidade comparativa do sistema judiciário francês. O ponto central deste argumento, como vimos, é a maior representatividade da composição da “elite” judiciária francesa, que “pode manter (com notável grau de sinceridade) ser composta pela elite de sua sociedade”, já que “*todos* têm acesso à mesma educação gratuita e para as oportunidades baseadas em mérito que essa educação proporciona”<sup>31</sup>. Essas mesmas afirmações, porém, são mitigadas na sequência, com menção a estudos de Pierre Bourdieu e Ezra Suleiman que “demonstraram exaustivamente” que esse modelo de seleção igualitário e meritocrático tem seus limites, sendo responsável por mascarar “variadas desigualdades sociais”<sup>32</sup>. Somos forçados a assumir que, ainda que o sistema não seja perfeito e possa ser visto como um vetor de manutenção do *status quo*, ele ainda deve ser mais representativo do que os outros dois sistemas sob análise.

Em outros momentos, a argumentação de Lasser sobre a importância relativa do comentário acadêmico parece excessivamente forte. Ele afirma, por exemplo, que “[a doutrina francesa] é uma *autora* primária da informação e do conhecimento judiciário”<sup>33</sup> e que “*La doctrine*, portanto, controla *la jurisprudence*”, enquanto que, nos EUA, “Em nenhuma circunstância os escritos de Akhil Amar ou Cass Sunstein podem ser pensados ou tratados sequer como um equivalente distante ou um rival da *case law*”<sup>34</sup>.

Embora as afirmações possam ser verdadeiras, elas não parecem se seguir da evidência apresentada, principalmente no caso da comparação entre as duas. Lasser apresenta como evidências da importância da doutrina francesa dois fatos que, por si só, não parecem sugerir as afirmações fortes que faz: 1) as decisões francesas são publicadas conjuntamente com notas doutrinárias<sup>35</sup> e 2) a argumentação

<sup>31</sup> LASSER, 2009, p. 332, ênfase do original.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 334.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 310, grifo do original.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 341.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 309.

dos Advogados Gerais faz menção constante à doutrina<sup>36</sup>. As decisões oficiais, porém, nunca citam trabalhos acadêmicos<sup>37</sup>. Em contraposição, as decisões americanas: 1) são publicadas de forma isolada, sendo o comentário acadêmico “esmagadoramente banido para as revistas de direito [*law reviews*]”<sup>38</sup>.

A única diferença que Lasser consegue tornar incontestável é que as decisões francesas são publicadas em conjunto com as decisões oficiais, enquanto as decisões americanas são publicadas de maneira isolada. Isso, por sua vez, não nos permite concluir nem que a doutrina francesa seja coautora da jurisprudência, nem que a doutrina americana seja mero comentário. Da mesma forma, o fato de que os Advogados Gerais fazem menção à doutrina não parece ser decisivo para essas conclusões, afinal, as decisões americanas citam a doutrina diretamente, enquanto as francesas não<sup>39</sup>.

## CONCLUSÃO

*Judicial Deliberations* é um livro interessante e de relevância acadêmica. Ainda que apresente algumas falhas, não há dúvidas de que ele cumpre sua missão de lançar dúvidas sobre a visão comparatista tradicional. Ao analisar o discurso não oficial francês, Lasser de fato mostra um aspecto muito relevante do sistema judicial daquele país, mudando significativamente a comparação tradicional entre o sistema paradigmático da *civil law* e o sistema americano (*common law*). Na sequência, Lasser também oferece uma descrição interessante do funcionamento e do estilo argumentativo da Corte Europeia de Justiça, trazendo novas e interessantes perspectivas comparatistas.

---

<sup>36</sup> *Idem*, p. 50.

<sup>37</sup> KOTZ, 1990.

<sup>38</sup> Lasser, p. 340.

<sup>39</sup> KOTZ, 1990.

## REFERÊNCIAS

- FRIEDMAN, B. The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship. *Northwestern University Law Review*, v. 95, nº 3, p. 933-954, 2001.
- KOMÁREK, Jan. Questioning Judicial Deliberations. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 29, nº 4, p. 805-826, 2009.
- KOTZ, Hein. Scholarship and the Courts: A Comparative Survey. In: CLARK, D. S (ed.). *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on His Seventieth Birthday*. Duncker & Humblot: Berlin, p. 183-195, 1990.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Formalism*. *The Yale Law Journal*, Vol. 97, Nº 4, p. 509-548, 1988.
- SUNSTEIN, Cass. Must Formalism be Defended Empirically? *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 70, University of Chicago Law School, 1999 disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/files/70.Sunstein.Formalism.pdf>. Acessado em: 30 junho 2016.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton University Press, 1999.
- LASSER, Mitchel S. -O. -L'E. *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, nº 6, p. 1346-1406, 2006.



# POLÍTICA EDITORIAL E NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Os manuscritos submetidos às Seções Geral e Especial passam por um controle prévio de originalidade e pertinência à linha editorial, realizado pelos próprios editores. Em seguida, passam por um processo de revisão duplamente anônima, realizado por pesquisadores experientes e familiarizados com o tema específico do manuscrito submetido. O processo é duplamente anônimo porque nem o autor sabe quem é o revisor, nem o revisor sabe quem é o autor -- suas identidades não são reveladas. No processo de revisão duplamente anônima, a qualidade do manuscrito é avaliada de acordo com os seguintes critérios: clareza, precisão, consistência e concisão; adequação da metodologia adotada; solidez e originalidade do(s) argumento(s) apresentado(s); relevância científica; atualidade das referências. Os avaliadores são recrutados na comunidade jurídico-acadêmica do país e do exterior que se dedica aos estudos de Teoria Jurídica Contemporânea. O critério para a seleção de avaliadores segue padrões internos rigorosos, dada sua importância para a qualidade do trabalho editorial. Em casos excepcionais, o avaliador é um pesquisador mais novo que possui competência específica para a avaliação do texto. O tempo esperado para a conclusão da avaliação é de aproximadamente 2 meses. Excepcionalmente, artigos de autores convidados podem ser publicados nas Seções Geral e Especial.

Os autores devem seguir as seguintes diretrizes:

1. Não é permitida qualquer referência que indique autoria.
2. Não será aceita a submissão simultânea de mais de uma proposta de artigo sob a mesma autoria. Caso isso ocorra, a segunda submissão não será avaliada.

3. Recomenda-se que os manuscritos submetidos não ultrapassem a quantidade de 20 páginas em fonte Times New Roman, tamanho 12 e espaçamento entre linhas 1.5.

4. As notas devem ser numeradas sequencialmente em números arábicos e colocadas em pé de página (rodapé).

5. As notas de pé de página que incluem informações de conteúdo devem ser breves e focadas em apenas um assunto. As notas de conteúdo podem também apontar o leitor para outras fontes.

6. O artigo deve incluir um resumo, com aproximadamente 10 linhas, além de indicar no mínimo 3 e no máximo 6 palavras-chave.

7. As palavras-chave são fundamentais para a correta indexação do trabalho. É recomendável incluir a palavra indicativa da subárea na qual se insere o trabalho. Recomenda-se ainda verificar a ocorrência das palavras em bases de dados nacionais e internacionais, como o vocabulário de autoridades da Biblioteca Nacional ([http://acervo.bn.br/sophia\\_web/](http://acervo.bn.br/sophia_web/)).

8. Quando o texto for redigido em português, o título, o resumo e as palavras-chave devem ser traduzidos para o inglês; quando redigido em inglês ou espanhol, para o português.

9. Citações diretas que não excedam três linhas devem permanecer no corpo do texto, entre aspas – sem itálico ou negrito. Citações diretas que excedam três linhas devem ser destacadas e recuadas da margem esquerda – sem itálico ou negrito.

10. Títulos de livros devem aparecer em itálico; títulos de artigos devem aparecer entre aspas. Palavras em latim ou língua estrangeira – tendo como referência a língua na qual o texto foi redigido – devem aparecer em itálico. O itálico também pode ser utilizado como recurso de ênfase pelo próprio autor. Jamais utilizar o negrito no corpo do texto.

11. As referências de citações diretas e indiretas devem aparecer em nota de rodapé e indicar somente o sobrenome do(s) autor(es), em caixa alta, seguido do ano de publicação e (quando for o caso) da página. Exemplo: HART, 1961, p. 15.

12. As referências completas devem ser indicadas em seção separada, após a conclusão, seguindo as regras técnicas da norma NBR 6023 (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

13. Os editores recomendam o uso de linguagem clara, precisa e consistente. O uso de linguagem inclusiva de gênero fica a critério do autor.

Este periódico possui diretrizes destinadas a promover uma política de integridade ética aplicável à atividade científica em toda a sua extensão – desde a concepção e realização de pesquisas à comunicação dos resultados. As diretrizes a seguir foram elaboradas tendo como referência as Diretrizes Básicas para a Integridade na Atividade Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); o Código de Boas Práticas Científicas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP); a Declaração Conjunta sobre Integridade em Pesquisa resultante do II Encontro Brasileiro de Integridade em Pesquisa, Ética na Ciência e em Publicações (II BRISPE); e o documento Cooperação entre Instituições de Pesquisa e Periódicos em Casos de Integridade em Pesquisa: Orientação do Comitê Internacional de Ética em Publicações elaborado pelo do Committee on Publication Ethics.

Para mais informações sobre nossas diretrizes, consulte nossa plataforma em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/index>.

