

Derecho y pragmatismo normativo: ¿el poder judicial puede ser un caso ejemplar de razón pública?*-*****

Law and normative pragmatism: can judicial power be an exemplary case of public reason?

RESUMEN

Este ensayo analiza las decisiones del Poder Judicial brasileño en la actualidad. El análisis propuesto es cualitativo, ya que se verificará el contenido de dos decisiones judiciales como forma de explicar las razones por las cuales el Poder Judicial juzgó determinada demanda. Las razones para decidir son parte del juego lingüístico propuesto por Robert Brandom en su filosofía pragmático-normativa. El argumento normativo sostenido es que el Poder Judicial, en especial la Corte Suprema, debe ser un caso especial de razón pública, conforme lo propuesto por John Rawls. Las decisiones se refieren a la concesión de asistencia habitacional a los jueces brasileños por un juez de la Corte Suprema.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo Democrático, teoría del derecho, pragmatismo-normativo de Robert Brandom, razón pública, justificación.

* Profesor asociado de la Escuela de Derecho, Turismo e Museología, Universidad Federal de Ouro Preto (UFOP), Ouro Preto, Brasil. Licenciado en Derecho. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Investigador vinculado a la Asociación Serras de Minas y a la Asociación Brasileña de Investigadores Negros (ABPN). Orcid ID: //orcid.org/0000-0003-4067-4272 Contacto: brunocamilloto@ufop.edu.br

** Traducción y revisión: Luz Ángela Tarazona Vélez. El autor agradece las valiosas contribuciones de Luz Ángela Tarazona Vélez y Sérgio Ricardo da Mata.

*** Recibido 1 de noviembre de 2023, aprobado 9 de enero de 2024.

Para citar el artículo: Camilloto, B. *Derecho y pragmatismo normativo: ¿el poder judicial puede ser un caso ejemplar de razón pública?* En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 61, enero-abril de 2025, 33-57. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n61.02>

ABSTRACT

This essay deals with the performance of the Brazilian Judiciary at present. The proposed analysis is qualitative since the content of two judicial decisions will be verified as a way of explaining the reasons why the Judicial Power judged a certain demand. The reasons for deciding are part of the linguistic game proposed by Robert Brandom in his pragmatic-normative philosophy. The normative argument sustained is that the Judiciary, especially the Supreme Court, must be a special case of public reason, according to the definition of John Rawls. The decisions refer to the granting of housing assistance to Brazilian judges by a judge of the Supreme Court.

KEYWORDS

Democratic constitutionalism, theory of law, pragmatism-normative by Robert Brandom, public reason, justification.

SUMARIO

Introducción. 1. Filosofía analítica y filosofía política: ¿un diálogo posible? 2. El pragmatismo-normativo de Robert Brandom. 3. Dos decisiones y dos racionalidades muy diferentes. Consideraciones finales. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Este ensayo presupone un contexto tradicional reconocido como Constitucionalismo Democrático con las siguientes características: la existencia de una Constitución con atribución del ejercicio del poder al ciudadano, la existencia de un sistema de control de constitucionalidad, la garantía del principio de separación de poderes, la previsión constitucional de los derechos fundamentales y, sin pretender agotar las posibilidades, la exigencia jurídico-política de que las instituciones del Estado deben presentar razones públicas a los ciudadanos en el ejercicio de sus competencias normativo-institucionales. Así, el concepto rawlsiano de razón pública será la primera lente normativo-conceptual que ayudará a realizar el análisis propuesto en el ensayo.

Partiendo del argumento normativo de que los poderes públicos deben ajustar sus decisiones a partir de motivaciones públicas, que puedan ser debidamente argumentadas dentro de las razones públicas, se propone como una premisa normativo-conceptual, dentro del juego de dar y recibir razones como modelo de análisis adecuado y compatible para, metodológicamente, proceder a la verificación del contenido de las decisiones judiciales y, en definitiva, concluir si esos actos de ejercicio del poder son o no acordes con los ideales de la razón pública de nuestra sociedad. Esta perspectiva se

encuentra en la obra del filósofo analítico Robert Brandom¹ que se conoce como pragmatismo normativo. El ensayo intentará presentar al lector las ideas generales del pensamiento de Brandom, sin perder de vista las posibilidades de articulación con el concepto rawlsiano de razón pública. El pragmatismo normativo será el segundo lente normativo-conceptual a través del cual se analizarán las decisiones judiciales.

Como guion central para la presentación de ideas, se propone una necesaria articulación entre los conceptos de Derecho, Razón Pública y Democracia. Este punto de partida implica asumir aquellas características del Constitucionalismo Democrático desde el argumento normativo: toda expresión de poder político coercitivo debe estar comprometida con el ejercicio de la razón pública por la exigencia de que una autoridad política que pretenda ser legítima debe ofrecer a los ciudadanos una fundamentación racional del ejercicio de sus deliberaciones. A partir de ahí, se realizará una explicación de los elementos centrales del pragmatismo normativo, argumentando que se trata de una concepción teórica adecuada y necesaria para el ejercicio del poder en el contexto del Constitucionalismo Democrático. Adecuada porque ofrece un camino de ‘razonamiento racional’ mediante el juego de dar y pedir razones basado en la legislación (en el marco del Estado de derecho), especialmente la Constitución. Necesaria porque, a partir del deber constitucional de fundamentar las decisiones judiciales, el juego del dar y pedir explicaciones posibilita el cuestionamiento público de las razones utilizadas por el Poder Judicial en la resolución de los conflictos.

1. FILOSOFÍA ANALÍTICA Y FILOSOFÍA POLÍTICA: ¿UN DIÁLOGO POSIBLE?

El primer desafío es hacer explícitos los elementos conceptuales del pragmatismo normativo de Brandom y su compatibilidad con los elementos conceptuales de la filosofía política de John Rawls. ¿Puede el pragmatismo jurídico normativo, ligado a la tradición de la filosofía del lenguaje, ser compatible con la filosofía política de carácter normativo ideal? Además de esta importante cuestión, también existe la necesidad de justificar el uso de referentes teóricos producidos en otras culturas como forma de análisis de las decisiones judiciales brasileñas. ¿Estas referencias son adecuadas para el análisis propuesto?

En justificación de la primera pregunta, tenemos que el pragmatismo normativo de Brandom se inserta en el contexto del pragmatismo norteamericano, el cual, como corriente de pensamiento filosófico, propone una forma de pensar filosóficamente, estableciendo una nueva perspectiva filosófica. En otras palabras, el pragmatismo norteamericano puede considerarse una

1 Brandom, R. *Making it explicit: Reasoning, Representing and discursive commitment*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1994.

nueva forma de pensar filosóficamente, constituyendo lo que se conoce como tradición analítica anglosajona. En la obra *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America*, Louis Menand² presenta tanto el contexto del surgimiento del pragmatismo clásico³ como las principales tesis de esta forma de pensar. Según Menand⁴, el surgimiento de una sociedad de masas, el desarrollo del capitalismo industrial, la profesionalización de la educación universitaria y el cambio del centro de gravedad hacia Boston (EE. UU.) configuraron condiciones favorables para el florecimiento del pragmatismo en suelo norteamericano. La historia de la Guerra Civil de EE. UU. impulsó el desarrollo del pensamiento pragmático a medida que la lucha para abolir la esclavitud cambió definitivamente el pensamiento de una nueva generación en Harvard. Para Menand, los fundadores del Club Metafísico (Holmes, James y Peirce) quedaron profundamente marcados por las consecuencias de la Guerra Civil que mostró una falla en el sistema democrático estadounidense. En este contexto, es posible afirmar que el pragmatismo norteamericano plantea la necesidad de revisar el empirismo, la búsqueda de la superación de la filosofía contemplativa por una racionalidad científica, la objeción al escepticismo, así como la formulación de una nueva concepción de la verdad: la verdad como hacer (acción). Esta perspectiva pragmática se aparta tanto del utilitarismo como de las concepciones metafísicas del conocimiento.

El pragmatismo puede, por tanto, “comprenderse como un análisis y una reflexión tanto sobre un problema actual en una realidad dada como sobre las futuras implicaciones [consecuencias] de la cuestión analizada”⁵, pues desafía los presupuestos idealistas del pensamiento filosófico continental y afirma además que el conocimiento no se produce única y exclusivamente mediante la verificación de las posibilidades reales de solución de un problema dado, sino también por medio del análisis del conjunto de soluciones y sus consecuencias prácticas.

Sin ser una perspectiva utilitaria, ni metafísica, considero que existe una compatibilidad entre la propuesta de filosofía del lenguaje de Brandom con la teoría de Rawls, especialmente en cuanto a las posibilidades de utilizar razones en la esfera pública con el objetivo de formar significados normativos, destinados a regular el comportamiento de los individuos en una sociedad. También como un emprendimiento teórico que se propone analizar las razones utilizadas en la esfera pública, tanto por los ciudadanos como por las instituciones de Poder en una sociedad, creo que no hay incompatibilidad.

2 Menand, L. *The Metaphysical Club. A Story of Ideas in America*. Farrar, Straus and Giroux. New York, 2001.

3 Camilloto, B. *Direito, democracia e razão pública*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

4 Menand, L. *The Metaphysical Club. A Story of Ideas in America*. Farrar, Straus and Giroux. New York, 2001.

5 Camilloto, B. *Direito, democracia e razão pública*, cit., 84.

tibilidad entre los elementos conceptuales centrales del proyecto filosófico de Brandom. Su proyecto teórico afirma que la explicación del contenido de los conceptos tiene lugar dentro de las prácticas sociales que realizan los individuos racionales en sus relaciones intersubjetivas en un ‘procedimiento’ denominado juego de dar y pedir razones.

Por tanto, el contenido de los significados normativos producidos en la esfera pública está ligado a los contextos de sociabilidad de cada individuo histórica y espacialmente situado. Asimismo, el contenido de la razón pública dependerá de la propia historicidad constitucional de la sociedad en el proyecto rawlsiano. Me parece, por tanto, que no se trata de adoptar dos perspectivas teóricas producidas en contextos sociales de forma acrítica y anacrónica. Se puede afirmar, entonces, que mi esfuerzo es: a partir de los elementos centrales del contexto del Constitucionalismo Democrático⁶, buscar una forma de justificación racional como propuesta normativo-conceptual para la actuación del Poder Judicial brasileño. Siendo así, tanto las propuestas teóricas de Rawls como las de Brandom nada dicen sobre el contenido de las razones articuladas en el análisis de los contextos de justicia en un escenario brasileño, pero se propone una forma de explicación basada en la comprensión del lenguaje mismo y su uso en contextos discursivos como condición para la posibilidad de producir esos significados normativos. Considerando las capacidades morales de la persona (rationales y razonables) y la posibilidad de cuestionar decisiones judiciales a partir de los elementos legislativos del derecho brasileño, se desarrollará el juego de dar y pedir razones en la esfera pública, señalando conformidades e inconformidades en las actuaciones del Poder Judicial.

Finalmente, creo que el concepto de Derecho debe ser considerado en su dimensión lingüística, es decir, el Derecho es un fenómeno interpretativo. De esta manera, el Derecho es una empresa lingüístico-discursiva ligada tanto a la razón teórica, ya que propone contenidos conceptuales necesariamente normativos, como a la razón práctica, ya que, en los contextos de aplicación de esos contenidos conceptuales forjados por la razón teórica, habrá de ser la aplicación de significados normativos con la intención de regular la conducta.

En el contexto de la tradición del Constitucionalismo Democrático, tenemos la exigencia de una justificación pública respecto de la manifestación del

6 Constitucionalismo democrático es un término que, en el contexto de la obra de Rawls, se refiere a los elementos constitucionales esenciales que significan: a. los principios fundamentales que especifican la estructura general del Estado y el proceso político: las prerrogativas de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; el alcance de la regla de la mayoría; b. los derechos y libertades fundamentales e iguales de la ciudadanía que las mayorías legislativas están obligadas a respetar, como el derecho a votar y participar en política, la libertad de conciencia, pensamiento y asociación, así como las garantías del Estado de derecho. Agradezco a los evaluadores por esta sugerencia de aclaración. Rawls, J. *Liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, 268.

Poder Público. Por tanto, esta misma exigencia se aplica al Derecho en dos perspectivas: una se refiere al momento de producción de los discursos de justificación pública cuando la soberanía popular se manifiesta en la elaboración de normas de convivencia y la otra se refiere al momento de aplicación de los sentidos normativos ya producidos en los discursos de aplicación del contenido de los conceptos jurídicos. En ambas perspectivas, tenemos la exigencia de que la producción de significados normativos que forman el contenido de los conceptos jurídicos sea racional, es decir, comprensible desde un punto de vista intelectual a los ciudadanos que se verán directamente afectados por los efectos de la normatividad o su aplicación. Y, también, que sean razonables, es decir, además de comprensibles, los contenidos conceptuales deben ser aceptables como argumentos públicos capaces de regular la conducta y las acciones estatales. Esta exigencia de racionalidad se aparta, por tanto, de una fundamentación metafísica del Derecho, haciéndolo compatible tanto con la propuesta de Rawls de un concepto no metafísico de Justicia Política como con la propuesta del pragmatismo normativo de Brandom, que prevé la explicación del contenido de los conceptos a partir de juegos de lenguaje que presuponen el uso de razones por parte de los ciudadanos.

Decir que el Derecho⁷ en algún contexto de aplicación es una actividad intelectual que involucra tanto las exigencias de la razón teórica como de la razón práctica cuyo presupuesto es un proceso de argumentación (jurídica), es decir, un proceso discursivo racional que se desarrolla a través de la explicación, articulación y justificación en el uso y aplicación de los conceptos jurídicos. Esta actividad, por tanto, implica el reconocimiento de que el Derecho debe ser un emprendimiento teórico y práctico cuyos significados normativos se construyen desde las prácticas sociales por medio del lenguaje⁸. Es a partir de estas consideraciones que se desarrollará la perspectiva de la pragmática normativa de Brandom, fundamentada en la idea de racionalidad histórico-

7 'Decir el Derecho' es un asunto diferente de 'decir lo que es lo derecho'. Si bien decir que el Derecho está relacionado con el ejercicio de la competencia por parte del Poder Judicial, decir qué es lo derecho es una actitud cognitiva ejercida por todos y cada uno de los ciudadanos racionales y razonables. El primero se refiere a la autoridad para resolver un conflicto real. El segundo tiene relación con la formulación del propio concepto de Derecho. Agradezco a los evaluadores por esta sugerencia de aclaración.

8 La nota evaluativa consideró problemática la distinción entre teoría y práctica, ya que está relacionada con el paradigma de la metafísica moderna. El evaluador sugirió la adopción de los términos "empresa interpretativa" o "hermenéutica". Sin embargo, cuando utilicé la distinción entre razón práctica y razón teórica, no lo hice en el sentido indicado por la evaluación. La distinción aquí sirve para resaltar que el Derecho tiene una dimensión teórica constitutiva basada en su propio concepto y una dimensión práctica percibida tanto por la regulación del comportamiento humano en la sociedad como por las tecnologías para la resolución de conflictos entre ciudadanos. Estoy de acuerdo con el evaluador en que el Derecho es un fenómeno interpretativo, pero creo que esta perspectiva no es incompatible con la distinción entre razón práctica y razón teórica. Por ello mantuve la construcción del argumento y agregué esta nota como forma de dejar constancia y agradecimiento al evaluador.

expresiva cuyo fundamento es la sapiencia humana, es decir, la capacidad que tienen los individuos [agencia] para utilizar conceptos articulados inferencialmente en una práctica lingüística como fundamento de las propias acciones como ejercicio de la razón práctica.

2. EL PRAGMATISMO-NORMATIVO DE ROBERT BRANDOM

Partiendo de la idea de que los individuos tienen la capacidad de articular el contenido de los conceptos en sus prácticas sociales, Brandom identifica que estos usos representan grados de intencionalidad y propone una intencionalidad práctica, en la que existe una armonía entre el medio ambiente y los animales no lingüísticos en un proceso de interacción mediado por la sintiencia, y una intencionalidad discursiva que es desarrollada por animales que son usuarios de conceptos⁹. La intencionalidad discursiva es la capacidad de los agentes racionales de tomar las cosas como conceptos cuyos contenidos son de posible aplicación para evaluar proposiciones y para formular reglas y principios como forma de determinar su propio comportamiento en el futuro.

Desafiando la concepción de una semántica tradicional, Brandom vuelve a la ‘vieja’ pregunta del pragmatismo clásico: ¿cómo vemos lo que representan los conceptos? En un intento de responder a esta pregunta, podemos decir que el pragmatismo es una revisión de las perspectivas tanto del naturalismo como del empirismo. El proyecto de la modernidad toma el concepto de naturaleza de una versión mecánico-materialista del mundo natural en el que el conocimiento y la acción humana eran el resultado de una inteligibilidad de leyes eternas e inexorables. El pragmatismo, a su vez, toma el concepto de naturaleza como fluido y resultante de las interacciones entre los seres y el medio ambiente, que siempre está cambiando. El empirismo pragmático propuesto es práctico y capaz de responder al carácter cambiante de la ciencia del siglo XIX¹⁰.

El supuesto del proyecto de Brandom se articula con la transformación del modelo de conocimiento del *knowing that* (‘saber qué’) por *knowing how* (‘saber cómo’), es decir, creer que las cosas son (*knowing that*) es conocer las posibilidades prácticas de hacer algo (*knowing how*)¹¹. ‘Saber qué’ y ‘saber cómo’ no son conceptos separados, herméticos y opuestos, sino complementarios y en profunda articulación conceptual, alternándose en un constante movimiento dialéctico. Esta dinámica entre las formas de conocimiento revela que el resultado de la experiencia no se entiende solo como un objeto

9 Brandom, R. *Perspectives on pragmatism: Classical, recent, and contemporary*. London: England, 2011, 9.

10 Brandom, R. *The pragmatist enlightenment (and its Problematic Semantics)*. En *European Journal of Philosophy*. 12(1), 2004, 3 y 4. ISSN 0966-8373,

11 *Ibid.*

cognoscible, sino como un tipo de aprendizaje capaz de adaptar hábitos según las contingencias del entorno (comprensión práctica).

Destacando la importancia de la concepción representacionista clásica, el proyecto de Brandom desafía la idea de la semántica tradicional porque comprende la idea de representación relacionada con la capacidad de acción (hacer) de los sujetos discursivos insertos en alguna práctica social. Representación y capacidad de acción se relacionan dentro de unas prácticas sociales que son manifestaciones de interacciones intersubjetivas que, a su vez, presuponen una estructura normativa implícita y que debe, por tanto, explicitar por medio del juego de dar y pedir razones. Esta afirmación es compatible con la propuesta de Rawls de foros públicos institucionalizados que permitan a los ciudadanos libres e iguales usar razones en las esferas públicas. Así, el contenido representacional que se presenta en alguna práctica social es solo el comienzo de la posibilidad de comprensión, y es necesario hacer la necesaria explicación de su significado. En esta actividad de explicar el contenido de los conceptos, es necesario considerar las afirmaciones de los individuos dentro del juego del lenguaje y, también, los antecedentes y consecuencias (consecuencias de la acción) en la formulación de posibles significados sobre cuestiones de conocimiento. El pragmatismo de Brandom establece, por tanto, una primera noción de normatividad pragmática mediante la explicación del contenido conceptual a través del uso (práctica) de los conceptos.

La pragmática de Brandom propone que la racionalidad científica se desarrolle a partir de un modelo que él denomina inferencialismo material. En este modelo, los conceptos se construyen en un juego de lenguaje en el que las razones son articuladas inferencialmente por los participantes de un diálogo. Hacerlo explícito (*Making it Explicit*) presupone el aspecto normativo del lenguaje en el que los seres humanos (agencias racionales) son usuarios de conceptos vinculados a la posibilidad de actuaciones, es decir, habilitaciones (*entitlement*) y compromisos (*commitment*).

Hacer explícitos los conceptos consiste, en la propuesta de Brandom, (i) en utilizar una pragmática normativa, cuyo supuesto (kantiano) es que los seres humanos tienen la capacidad de juzgar y realizar acciones de acuerdo con el contenido de los conceptos, (ii) una semántica articulada, que toma en cuenta el contenido de las proposiciones utilizadas en el desarrollo de una práctica discursiva y con la verificación de inferencias materiales desde las perspectivas circunstancial y consecuenencial y (iii) un modelo de marcador deóntico (*skorekinping*) responsable de la mediación entre pragmática normativa y semántica inferencial que protegen la apertura dialógica y práctica para que los individuos participen en la construcción del contenido de los conceptos dentro de los juegos de dar y pedir por razones, institucionalizadas o no. Este proyecto permite la conexión entre la perspectiva del participante [del ciudadano racional y razonable] con la idea de una democracia deliberativa, cuyo presupuesto es el pluralismo político, en la construcción de significados

normativos implícitos en las normas jurídicas idealmente concebidas (legislación), en la jurisprudencia (decisiones del Poder Judicial) y, finalmente, en las propias prácticas de decir el Derecho que pueden ser analizadas desde esta perspectiva teórica de explicar contenidos conceptuales distintos a los inicialmente concebidos.

Consideramos que con la presentación de estos elementos centrales del proyecto de Brandom se ha ofrecido al lector un argumento capaz de justificar la articulación entre pragmatismo normativo y razón pública, demostrando la compatibilidad de los dos proyectos filosóficos y, también, su adecuación al contexto de análisis del derecho brasileño. Creemos que la articulación de estos dos modelos de pensamiento es adecuada al modelo normativo de la sociedad brasileña, o sea, el Estado Democrático de Derecho. Esto porque las prácticas sociales en ese modelo normativo de sociedad que apuntan a la construcción y aplicación de conceptos jurídicos con carga normativa deben permitir la participación de ciudadanos libres e iguales en los contextos discursivos de justificación y aplicación. Y, además, porque el Estado Democrático de Derecho exige una concepción ‘procesal fuerte’ en el sentido de la existencia de procedimientos capaces de concretar (o posibilitar) la participación efectiva de los ciudadanos en la formación de disposiciones estatales con contenido normativo, y también porque permiten que ciudadanos libres e iguales no estén de acuerdo con las razones dadas (o el contenido de los conceptos) por el Estado al usar la coerción dentro de la sociedad.

3. DOS DECISIONES Y DOS RACIONALIDADES MUY DIFERENTES

La elección de casos para cualquier análisis es siempre un factor de riesgo al hacer investigación, especialmente en la modalidad cualitativa¹². Hay muchas decisiones judiciales diferentes, producidas todos los días por el Poder Judicial. Otro requisito es que la elección del caso a analizar debe basarse en justificaciones públicas capaces de indicar al lector las razones por las que se eligió el caso y su importancia para el análisis. En este ensayo se eligió analizar dos sentencias judiciales en una misma causa: Causa Original 1773/2014. El primer motivo de esta elección se debe a que la medida cautelar otorgada por el ministro Luiz Fux fue discutida en detalle en mi tesis doctoral y sus posibilidades y límites de comprensión fueron presentados en el libro *Direito, Democracia e Razão Pública*¹³. La segunda razón de esta elección se debe a que el mismo ministro produjo otra decisión, en autos de la misma causa, cuyo sentido normativo es diametralmente opuesto

12 Agradezco la intervención y aporte de Raissa Wihby Ventura cuyas notas críticas a mi idea inicial permitieron una reorientación metodológica. Espero que esta reorientación haya hecho más coherente mi propuesta.

13 Camilloto, B. *Direito, democracia e razão pública*, cit.

al de la primera decisión dictada. Así, el procedimiento de análisis que se propone es verificar el contenido normativo de las dos decisiones dictadas por un mismo juez, buscando explicar la coherencia y/o las inconsistencias argumentativas dentro de una misma práctica social, que, en este caso, es la decisión de un Juez de la Corte Suprema de Brasil. La tercera y última razón se refiere a dos aspectos de las propias decisiones. El primero se refiere al modelo de decisión adoptado por el Derecho brasileño, especialmente por el modo deliberativo de los Tribunales brasileños y, más especialmente, por los Tribunales Superiores, en el caso específico del Supremo Tribunal Federal. Si bien las diferencias entre los modelos de decisión de los Tribunales Constitucionales no son objeto de estudio, la posibilidad de que un solo juez decida sobre el sentido de la Constitución válido para todo el territorio nacional sin celebrar un debate público en el seno mismo del Tribunal para que una decisión cuyos efectos pueden afectar la vida de todos los ciudadanos del país se produzca de manera ensimismada es un tema que afecta directamente el principio de separación de poderes y debe ser tomado con seriedad en la agenda pública de las sociedades democráticas contemporáneas. El segundo plantea la importancia de los efectos de esa decisión sobre el presupuesto público brasileño de manera más general y sobre la vida y la percepción del concepto de justicia de los ciudadanos brasileños de manera más específica. Espero que la decisión elegida esté debidamente justificada¹⁴.

Pues bien, la primera decisión del ministro Fux responde a la solicitud de la Asociación de Jueces Federales para determinar el pago del concepto denominado subsidio de vivienda por disposición de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1979, en los siguientes términos:

Arte. 65 - Además de los sueldos, los jueces podrán gozar, en los términos de la ley, de las siguientes ventajas:

- I - dietas, para gastos de transporte y mudanza;
- II - asignación para vivienda, en locales donde no haya residencia oficial a disposición del Magistrado. (Redacción proporcionada por la Ley N° 54, del 22.12.1986)
- III - asignación familiar;
- IV - tarifas diarias;
- V - representación;
- VI - bono por prestación de servicios al Tribunal Electoral;

14 La nota de evaluación señaló un error metodológico en cuanto a la posibilidad de extraer las conclusiones de este artículo analizando algunas decisiones del Tribunal Supremo de Brasil. Es de destacar que las decisiones mencionadas produjeron efectos generales en todo el sistema de justicia y en la estructura del Poder Judicial brasileño. En este caso, el análisis fue cualitativo sobre el contenido de las decisiones antes mencionadas y no cuantitativo y, por lo tanto, la conclusión del trabajo sigue siendo adecuada a la metodología propuesta. Me gustaría agradecer a los evaluadores por sus sugerencias y su oportunidad de aclaración.

- vii - bonificación por prestación de servicios al Juzgado del Trabajo, en los Juicios donde no estén constituidas las Juntas de Conciliación y Juzgamiento;
 - viii - bonificación adicional del cinco por ciento por cinco años de servicio, hasta un máximo de siete;
 - ix - prima de enseñanza, por clase impartida en curso oficial de preparación para el Poder Judicial o en Escuela Oficial de Perfeccionamiento de Magistrados (arts. 78, § 1, y 87, § 1), excepto cuando reciba una remuneración específica para esta actividad;
 - x - bonificación por el ejercicio efectivo en Distrito de difícil provisión, en los términos definidos e indicados por la ley. [...]
- (Brasil, 1979)

La decisión preliminar del ministro Fux parte de una interpretación fuertemente deontológica de lo previsto como ayuda habitacional en los términos de la citada ley. Se presentan aquí dos pasajes más importantes, desde un punto de vista argumentativo, de esa decisión para efectos de análisis. El primero [en mayúsculas] está en el extracto de la decisión¹⁵. El segundo [en minúsculas] es parte del voto del ministro y es un desarrollo del argumento presentado en el extracto de la decisión.

IN CASU, LA CONCESIÓN DEL DERECHO PRETENDIDA POR LOS JUECES FEDERALES BRASILEÑOS ACUDE A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, LEGALIDAD ADMINISTRATIVA Y MORALIDAD, POSICIÓN CONTEMPLADA EN LA LEY Y EN EL TEXTO

CONSTITUCIONAL. (Fragmento del menú)

En cuanto a la cuestión de fondo, cabe señalar que el entendimiento prevaleciente en esta Corte *es en el sentido de que los derechos y deberes de los magistrados son, por lo menos, los previstos en su ley complementaria de regencia, a saber, la Ley Complementaria No. 35/ 79*. En el tema específico del otorgamiento de asignaciones de subsistencia para vivienda, es necesario transcribir lo dispuesto en el art. 65, inciso ii, de la Ley Complementaria N° 35/79, *verbis* :

Art. 65 - Además de los sueldos, los jueces podrán gozar, en los términos de la ley, de las siguientes ventajas:

[...]

15 Las decisiones judiciales de los tribunales (cuerpos colegiados) se forman a partir de los votos de los magistrados y se presentan a la sociedad en forma de “sentencia”. El extractor de la sentencia es la síntesis de lo juzgado por el tribunal.

II - asignación para vivienda, en locales donde no haya residencia oficial a disposición del Magistrado.

En este escenario, la previsión en *LOMAN*¹⁶ del derecho a la pretendida pensión de subsistencia descarta cualquier tesis en el sentido de que el Poder Judicial estaría otorgando ventajas pecuniarias no previstas o con (sic) causales de validez en derecho. El derecho a la parte indemnizatoria pretendida ya está garantizado por la ley, y no es justo que sólo una parte de los jueces lo perciba, considerando el carácter nacional del poder judicial, como lo reconoce este Tribunal en la sentencia ADI n° 3.854 del ponente del mín. Gilmar Mendes, cuyo menú dice así: [...] (extracto de la votación) (énfasis añadido)¹⁷.

El extracto del concepto de ‘subsidio de vivienda’ en la decisión presentada se refiere al entendimiento de que ese subsidio está previsto en la ley es, por lo tanto, un derecho subjetivo de todos y cada uno de los magistrados brasileños. Este contenido presenta una concepción del derecho ligada a la idea de legalidad estricta cuyo fundamento de los derechos subjetivos está directamente relacionado con su predicción en los actos normativos emitidos por el Poder Legislativo, es decir, la ley. Una vez consagrado en la ley un determinado contenido que reflexiona directamente sobre la esfera patrimonial de los ciudadanos alcanzados por los efectos de esa ley no correspondería al Poder Judicial descartar la aplicación del precepto legal en la situación concreta. Esta argumentación puede verificarse en la parte transcrita del extracto de la decisión cuyo argumento central es la previsión legal del ‘subsidio de vivienda’ como derecho subjetivo del poder judicial brasileño. En términos generales, el argumento presentado está relacionado con la estructura deontológica que es una característica importante del Derecho, es decir, con la capacidad del Derecho para describir comportamientos futuros de manera obligatoria. Así que cuando digo la expresión ‘este es mi derecho’ quiero decir que lo que identifico como derecho constituye una serie de posibilidades de acción (incluyendo la exigencia de omisión) en las diversas relaciones intersubjetivas implicadas en el juego de lenguaje que se está siendo juzgado. En el caso bajo análisis, la afirmación de que los magistrados tienen derecho a la asistencia habitacional porque existe una disposición legal, significa que ese derecho existe y que debe, por tanto, ser ejercido independientemente de cualquier otra consideración que pueda hacer el juez, es decir, la ley obligaría inexorablemente al juez a reconocer el beneficio pecuniario a favor de los magistrados. Esta explicación del contenido de la decisión me parece extremadamente racional y consistente con

16 *LOMAN* es la Ley Orgánica de la Magistratura Brasileña.

17 Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ação Originária n.º 1773*. *Diário de Justiça*, relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 23 de abril de 2014. <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339125545&ext=.pdf>

gran parte de los argumentos jurídicos desarrollados en y por los tribunales brasileños. Y será a partir de este contenido conceptual que propondré el análisis de la próxima decisión.

El 26 de junio de 2018, el ministro Fux redacta una nueva decisión en la misma acción cuyo contenido normativo es totalmente opuesto al de la primera decisión (la decisión preliminar). Parte del menú de la decisión de reconsideración ya señala un cambio radical en el uso de los conceptos jurídicos utilizados en la decisión anterior.

Nueva medida adoptada en circunstancias de grave crisis financiera. Impacto presupuestario. Consecuencialismo. Ley N° 13.655/2018. Efecto práctico de las decisiones de este Tribunal Supremo. Economicidad. Isonomía Imposibilidad práctica del escenario actual que legitima el pago de apoyo a la vivienda simultáneamente a la composición inflacionaria parcial del subsidio. (Énfasis añadido) (Brasil, 2018)

El extracto de la decisión ya anuncia los siguientes términos: ‘crisis financiera’, ‘impacto presupuestario’, ‘consecuencialismo’ e ‘imposibilidad práctica de [...] pagar el subsidio de vivienda’. Todos estos términos anuncian contenidos que luego serán desarrollados por el ministro en su nueva decisión. De antemano, ya es explícito el cambio radical en la comprensión del contenido de la ayuda a la vivienda. Si en la decisión anterior este concepto configuraba un derecho previsto en la legislación y que, por tanto, no podía ser sustraído por el Poder Judicial por tratarse de un derecho subjetivo de cada uno de los jueces, ahora el ministro señala una posibilidad práctica que deslegitiman ese derecho previsto por la ley. A esto lo llama consecuencialismo y argumenta que, ante la crisis financiera, el mantenimiento de la ayuda habitacional, como derecho a ser garantizado a los magistrados, tendría un impacto presupuestario.

Ya podemos ver el cambio de argumentación que en la primera decisión era deontológica a una estructura teleológica, es decir, finalista. Si antes la ayuda a la vivienda era un derecho previsto en la legislación y debe ser aplicado a los magistrados por respeto al principio de legalidad, ahora el mantenimiento de este derecho puede acarrear consecuencias indeseables en la estructura presupuestaria del Estado, mereciendo, por tanto, la revisión de la decisión con la consiguiente suspensión de este derecho. Se retomará este argumento después de la siguiente cita.

Pero el uso de los conceptos en la argumentación de este caso aún explica otra situación más compleja: el ministro Fux reconoce el conflicto interno en sus argumentos y conscientemente elige diferentes caminos argumentativos para decidir en las dos situaciones. A continuación, se muestra parte del contenido íntegro de la decisión de reconsideración del otorgamiento de ayuda habitacional:

En este escenario, el subsidio de vivienda – derecho expresamente reconocido a los magistrados en la legislación competente (LOMAN) –, precisamente porque tiene como objetivo recuperar los gastos del agente con su vivienda, y ser pagado a numerosas carreras en el servicio público brasileño, no constituye una ventaja inmoral o incluso ofensiva para el sistema republicano. No es un beneficio odioso o inconstitucional, ni un privilegio irrazonable; *pero que tiene aplicación de lo expresamente señalado por la ley, a la luz de las determinaciones constitucionales*, especialmente en lo relativo al deber de residencia en la región de actuación y la inamovilidad garantizada a los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público.

En este escenario legal, *otorgué*, el 15.09.2014, *medida cautelar en el expediente. Esta medida tuvo como objetivo garantizar el derecho legalmente establecido a recibir esta cuota de indemnización*, en la forma de la Orden del Consejo General de la Unión N° 00752/2018/GAB/CGU/AGU, además de uniformar y limitar el pago del subsidio de vivienda., que ya fue percibido por miles de magistrados y miembros del MP, *bajo criterios antiisonómicos* y en montos muy superiores a los adoptados como tope para el pago del subsidio habitacional a los ministros de esta Corte.

Fue sobre la base de estas premisas que reconocí, como medida cautelar, con base en los criterios de isonomía, legalidad y, sobre todo, coherencia, que los jueces de la Unión y de todos los Estados brasileños también tenían derecho a recibir la porción indemnizatoria prevista en el artículo 65, II, de la LC n° 35/79, siempre que se verifique la única condición legalmente prevista: la ausencia, en el lugar de trabajo del trabajador, de residencia oficial a su disposición.

Así, *el enfoque esbozado se limitó al análisis de aspectos estrictamente jurídicos*. Así, toda la narrativa y el argumento se desarrollaron a través de una lógica técnica *que impone la conclusión necesaria de que el subsidio de vivienda se debe a los magistrados y miembros del MP*. (Énfasis añadido).

En la nueva decisión que implicará la reconsideración de su decisión preliminar, el ministro Fux reafirma el carácter deontológico del subsidio de vivienda como expresión de un derecho subjetivo del poder judicial mediante una expresión en derecho. Sin embargo, más adelante hace el siguiente argumento:

Sin embargo, el *Derecho es, por esencia, multidisciplinario* y no se puede ignorar el contexto en el que se toman las decisiones judiciales, especialmente aquellas que tienen un impacto presupuestario.

En efecto, en un Estado Democrático de Derecho, el foco debe estar en la justa equiparación de las *situaciones sub judice*, y el *Poder Judicial no puede apartarse por completo del escenario económico y de la realidad presupuestaria*.

En el contexto actual, emerge un *nuevo hecho* de repercusión amazónica. El *impacto presupuestario del proyecto de ley de revisión de la asignación del ministro del Supremo Tribunal Federal*, aprobado por el Congreso Nacional y recientemente sancionado por el presidente de la República, *no puede ser ignorado y merece un análisis detenido, en tanto la nueva ley tiene un intenso impacto directo en los recursos públicos para el pago de gastos del personal*. (Énfasis añadido).

Aquí los conceptos utilizados por el ministro Fux sufren un cambio radical en sus contenidos, comenzando por el propio concepto de Derecho. Si en la decisión preliminar el Derecho era algo debido por disposición expresa de la ley y que se deriva del mismo principio de legalidad, ahora “El Derecho es, por esencia, multidisciplinar y no se puede ignorar el contexto en el que se toman las decisiones judiciales, especialmente aquellas que implican impacto presupuestario”.

En la primera decisión (preliminar), el ministro Fux trabaja con una idea de la autonomía del Derecho como campo normativo social, es decir, el Derecho es un orden normativo independiente de otras esferas de normatividad y/o disciplinas que funciona estrictamente como un lenguaje deontológico, es decir, prevalece su carácter binario e imperativo. En la segunda decisión (reconsideración) se relativiza la autonomía normativa del Derecho frente a las consecuencias económico-financieras que afectarían el presupuesto público como consecuencia del pago del subsidio habitacional. En este segundo argumento, el ministro asevera que “[...] el Derecho es, por esencia, multidisciplinario [...]”, es decir, se relativiza la autonomía científica y didáctica del Derecho utilizado como argumento de la primera decisión. Y, sin embargo, el argumento presupone una ‘esencia’ suprema para el concepto de Derecho que carece de fundamento racional ya que no se anuncia, en el plano argumentativo-discursivo, qué concepto de esencia está siendo utilizado por el ministro Fux. Entonces, la pregunta, a la vez simple y fundamental, que se aborda es: ‘¿Qué es’ y/o ‘Cuál es’ la esencia del Derecho?’.

La alteración del plan argumentativo, de deontológico a teleológico, nos lleva a otra cuestión: si el Derecho es esencialmente multidisciplinario y si la decisión judicial debe tener en cuenta efectos económicos y financieros, entonces ¿por qué el ministro no usó esta vía argumentativa al preparar la decisión preliminar [primera decisión] en la que reconoció el derecho subjetivo a la asistencia habitacional de los magistrados?

En el momento de otorgarse la medida cautelar (la primera decisión), en 2014, el ministro Fux podría haber utilizado el mismo argumento consecuen- cial de protección al presupuesto público fundado en los impactos financieros que su decisión tuvo en los diversos estados de la federación brasileña. Es importante explicar que, como la estructura del Estado brasileño es federal, la organización del Poder Judicial también está ligada a la competencia funcional y administrativa de los Estados. Así, tenemos una distribución de

competencias con la organización de la justicia federal y la justicia estatal. En el ámbito de los Estados, la organización del Poder Judicial obedece a la competencia administrativa de esa unidad federativa, incluyendo la programación del presupuesto público para la previsión presupuestaria de gastos con esa estructura de poder. Sin embargo, conforme lo previsto en el artículo 37, XI, de la Constitución brasileña (Brasil, 1988), la fijación y modificación del salario de los magistrados se realiza con base en el salario de los ministros del Supremo Tribunal Federal. Por lo tanto, los cambios en las cuotas de remuneración de los ministros del STF afectan directamente los presupuestos de los estados miembros de la federación brasileña. En resumen, la orden judicial preliminar de 2014 del ministro Fux tuvo un ‘impacto presupuestario’ directo en las cuentas públicas de los estados miembros de la federación brasileña, muchos de ellos conocidos por tener problemas financieros en relación con su capacidad de pago de la deuda pública y el servicio civil de cada unidad estatal federada. Pero, al redactar esa decisión, el ministro ni siquiera se enfrentó a este argumento para producir un argumento jurídico capaz de remover la vía argumentativa que sustenta la segunda decisión (reconsideración).

Hasta ahora, se ha tratado de explorar las contradicciones internas de dos decisiones tomadas por el mismo ministro del STF en la misma acción, sin ánimo de reducir todas las complejidades de ese escenario, dado que habría otras cuestiones que podrían ser exploradas desde el punto de vista de la argumentación jurídica. Sin embargo, en el camino propuesto, aún queda una afirmación argumentativa más por presentar. Se trata del contenido del concepto de ‘pragmatismo’ presentado por ministro en su segunda decisión y que se vincula directamente con una de las lentes de análisis del presente ensayo. En ese sentido, el ministro Fux argumentó en su decisión:

Desde este punto de vista, el pragmatismo revoluciona la forma en que se problematizan las funciones institucionales de los magistrados, así como la relación entre la práctica judicial y la filosofía deontológica. Cada vez más, los tribunales constitucionales han adoptado explícitamente el discurso consecuencial para resolver conflictos, especialmente en contextos de crisis política y económica. Una vez que una ideología lejana, el pragmatismo se ha convertido en un common place en la práctica adjudicativa.

Entendido como una estimación de resultados en un juicio pronóstico, *el consecuencialismo no debe confundirse con el utilitarismo, ni desvirtúa las reflexiones morales o positivistas*. Sólo presupone que el juez considere los estados de cosas consecuencialmente resultantes de cada exégesis que contempla la norma. En la síntesis del juez estadounidense Frank Easterbrook, las decisiones judiciales no estarán exentas del riesgo de enviar señales equivocadas “a menos que los jueces aprecien las consecuencias de las normas jurídicas para el comportamiento

futuro” (Easterbrook, Frank. *The Supreme*). Tribunal 1983 Término. *Harvard Law Review*, Cambridge, no. 4, págs. 10-11, 1984-1985).

En el marco del consecuencialismo, la decisión más adecuada para un caso concreto es aquella que, dentro de los límites semánticos de la norma, *promueva los incentivos correctos y necesarios para el mejoramiento de las instituciones democráticas*, y que se preocupe por el impacto de la justicia decisión sobre el mundo social. Desde esta perspectiva, *hay espacio para un cierto pragmatismo jurídico*, basado en el magisterio de Richard Posner, imponiendo, por eso mismo, al magistrado el deber de examinar las consecuencias inmediatas y sistémicas que su pronunciamiento producirá en la realidad social (Posner, Richard. *Law, pragmatismo y democracia*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, págs. 60-64). En efecto, parte de la premisa de que, al ejercer su poder decisorio en los casos concretos que enfrenta, los Tribunales Constitucionales destinan recursos escasos, ya que “en razón del juicio consecuencialista, los jueces están comprometidos con los resultados de sus acciones” (Magalhães, Andréa. *Jurisprudencia de la crisis: una perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 190).

El extracto anterior es rico en posibilidades de análisis por varias razones. Primero: el ministro anuncia su adhesión a una comprensión del ‘pragmatismo’ que él identifica como consecuencial, es decir, reivindica una posibilidad de decisión que contempla el análisis por parte del Poder Judicial de las consecuencias que esa decisión jurídica producirá en el ámbito social. Si, por un lado, es cierto que las decisiones judiciales producen efectos sociales, por otro, la adopción de esta perspectiva va en la dirección opuesta a la presentada en la primera decisión (preliminar de 2014) cuando el mismo ministro adoptó una concepción deontológica del Derecho. Segundo: el ministro parte de su argumento consecuente desde una perspectiva ‘utilitaria’. Aquí, hay una falta de explicación de qué relaciones inferenciales está haciendo el ministro a partir de los usos de los conceptos ‘consecuencial’ y ‘utilitarista’, especialmente en el contexto de la elaboración de esa decisión. Si el argumento de que la decisión provocará un ‘impacto presupuestario’ hasta el punto de deslegitimar el reconocimiento del derecho subjetivo a la ayuda a la vivienda, es posible afirmar que la decisión responde a un criterio de utilidad en cuanto a decidir dónde y cómo gastar el dinero público recaudado con los impuestos por el Estado; por lo tanto, la decisión se basa en algún criterio de utilidad implícitamente considerado por el juez al decidir. Tercero: el ministro afirma que la postura consecuente no desprecia ni el orden moral ni el orden positivo (en este caso, la ley). Aquí, de entrada, hay dos problemas: primero, coloca el orden moral y el orden legal en el mismo plano argumentativo, sin mayores explicaciones conceptuales del uso de esos conceptos. Si admitimos el fundamento de la primera decisión (preliminar) en la que hay una reivindicación expresa de la soberanía de la ley que rige la conducta de los ciudadanos, convirtiéndose en

norma de decisión para la autoridad juzgadora (Poder Judicial), el uso de la perspectiva jurídica en articulación con el ‘orden moral’ (cualquiera que sea el significado de esa expresión en términos de contenido) se vuelve demasiado problemático en vista de las cuestiones contemporáneas de relación entre el Derecho y la Moral, ambos considerados campos normativos sociales. En segundo lugar, existe una contradicción interna entre las dos decisiones: o bien el Derecho, y más concretamente la ley, tiene (un) carácter deontológico, especialmente en el reconocimiento de derechos subjetivos a los ciudadanos (en el caso de los magistrados), como se argumenta en la primera decisión (preliminar); o este reconocimiento de derechos subjetivos debe hacerse teniendo en cuenta las consecuencias de la decisión judicial producida sobre el medio social, ya que, en este caso, el Derecho es algo ‘esencialmente multidisciplinar’ y supera, por tanto, su dimensión deontológica. Entiendo que no es posible la compatibilidad argumentativa de las dos perspectivas. Cuarto: el ministro argumenta que la adopción de perspectivas ‘consecuencialistas’ produce la mejora de las propias instituciones democráticas y que esta perspectiva pragmática ya se ha convertido en un *common place* en las prácticas deliberativas del Poder Judicial. Nos parece que el argumento utilizado aquí se aparta, total y definitivamente, de la perspectiva pragmática utilizada en este ensayo en conjunción con la razón pública. Explicamos. El sistema normativo, en el caso de las sociedades contemporáneas, presupone un Estado de legalidad que prevé la regulación de la conducta mediante el uso de sentidos semánticos para la configuración de derechos y deberes. Estas cargas semánticas explican, por sí solas, ciertas autorizaciones normativas que producen compromisos en el campo social cuando el uso de esos conceptos se expresa en el lenguaje de los derechos.

En la pragmática propuesta en este ensayo, el contenido de los conceptos jurídicos debe articularse en el juego de lenguaje necesario para explicar los significados normativos que son autorizados por la semántica de la norma y que son reivindicados en alguna práctica lingüística como reconocimiento de lo debido. Puesto en el campo práctico ya analizado aquí: si el subsidio de vivienda para los magistrados está previsto en la ley y, si solo si esta ley tiene vigencia dentro del sistema normativo llamado ley, entonces el contenido de ese concepto (subsidio de vivienda) se convierte en un derecho la subjetividad de los magistrados y de los órganos del Estado (administrativos y judiciales) sólo debe reconocerla. Asumiendo una perspectiva de unidad, sistematicidad y coherencia del ordenamiento jurídico, entonces si esa ley explica el contenido de la ayuda a la vivienda, no hay manera de dejar de reconocer ese derecho subjetivo a los magistrados cuando estamos en algún juego de dar y pedir razones en la esfera pública¹⁸. Aquí no hay apego a la

18 Agradezco al evaluador la sugerencia de transformar una nota a pie de página en texto.

legalidad del ‘subsidio de vivienda’, sino sólo la formulación en términos racionales de la base argumentativa de la primera decisión como forma de ejercicio de la argumentación jurídica. A los efectos de este argumento, se adopta un concepto semántico ‘fuerte’ en el sentido de reconocer el contenido expresado en el texto legislativo. Sin embargo, para un análisis de la validez del argumento, es necesario colocar este contenido dentro de otro juego de lenguaje: la verificación del contenido contra el contenido de la propia Constitución brasileña. En este caso, aun aceptando el concepto semántico ‘fuerte’ de que el subsidio de vivienda es un derecho subjetivo, podríamos descartar su reconocimiento legal por inconstitucionalidad por violación del tope retributivo previsto en la Constitución. Este fue el camino argumentativo (teórico y práctico) adoptado por el ministro cuando preparó la primera decisión (preliminar) en 2014.

De todos modos, considero que no es posible conciliar una postura ‘consecuencial’ y todavía tomar en serio el “[...] límites semánticos de la norma”. Aquí, nuevamente, hay una contradicción argumentativa que implica la asunción de otro argumento utilizado por el ministro en su decisión. La contradicción es: habiendo identificado los límites semánticos de la norma (dentro de una concepción ‘fuerte’), el juez no debe decidir las consecuencias por medio de argumentos ya que, en el uso práctico de ese concepto jurídico delimitado por el contenido semántico, estamos comprometidos con el carácter normativo en el uso y aplicación de dichos conceptos. En otras palabras, si el campo semántico (explicado en algún juego de lenguaje) determina el sentido normativo de una conducta a exigir al ciudadano, y en especial a las autoridades del Estado, no parece adecuado analizar los efectos que tendrá esa decisión sobre el entorno social de tal manera que estos efectos son las justificaciones públicas para la toma de decisiones¹⁹. Al hacer esto, el ministro Fux sustituyó un juicio jurídico, por tanto, deontológico, por un juicio de valor, por tanto, axiológico, sobre la mejor decisión a adoptar según la previsión de los efectos que producirá en el medio social²⁰. Y, sin embargo, afirma que en las decisiones judiciales hay lugar para cierto ‘pragmatismo

19 Hay muchas maneras de pensar sobre esta cuestión, a saber: (a) dado el carácter sobrepoblado del sistema penitenciario (de público conocimiento de la sociedad), ¿puede un juez dejar de condenar a un acusado cuya práctica delictiva fue debidamente probada durante el proceso penal?, y (b) ante la falta del carácter resocializador de la sentencia por medio del sistema penal, ¿puede un juez dejar de condenar a un imputado en las mismas circunstancias anteriores? Estas preguntas son meramente especulativas para ayudar en la siguiente reflexión: dada alguna dimensión de la realidad y los efectos que una decisión judicial producirá sobre la realidad social, ¿puede un juez decidir por argumentos consecuentes quitando el carácter deontológico a las normas jurídicas?

20 La nota de evaluación sugirió mencionar los conceptos de integridad y coherencia de Ronald Dworkin debido a la adopción de una interpretación deontológica del Derecho. Coincido con el evaluador en que la teoría del Derecho de Dworkin también ofrece una base deontológica para reflexionar sobre el problema propuesto. Sin embargo, la perspectiva deontológica adoptada

jurídico', es decir, generaliza su perspectiva consecuencial para afirmar que en todas y cada una de las decisiones judiciales, los jueces deben (o pueden) emitir juicios consecuenciales en el momento de la elaboración de sus actos administrativos denominados sentencias. Es por ello que la filosofía pragmática presentada por él en su decisión se aparta completamente de aquello que se presentó como pragmatismo normativo en el ítem 2.

Finalmente, para comprender el contexto de la toma de decisiones, también es necesario hacer un rápido análisis de algunos elementos externos a los argumentos presentados en las dos decisiones. No profundizaré en cada uno de estos elementos, limitándome a explicarlos para que el lector pueda comprender el contexto circunstancial en el que se tomaron las decisiones. Tomo en cuenta, por tanto, que las dos sentencias son afirmaciones que forman parte de la práctica social de decir el Derecho, ya que los actos administrativos producidos dentro de una práctica lingüística que deben ofrecer a los ciudadanos razones por las que se elaboran y, al mismo tiempo, permitir ellos a los ciudadanos exigen mayores explicaciones en el espacio público de dar y pedir razones.

De inicio, cabe señalar que un argumento externo utilizado por el ministro en su segunda decisión se encuentra el contexto de crisis económica. Si, por un lado, es posible decir que en 2018 la sociedad brasileña vivió un contexto de recesión económica que validaría el ministro Fux, por otro lado, también se sabe que desde 2008 Brasil enfrenta los efectos de la crisis económica inherente al sistema capitalista globalmente considerado. En nuestro contexto social, podemos decir que los efectos de aquella crisis (2008) se sintieron más a partir de 2013, y desde entonces hasta 2018 no hubo cambio en el marco fáctico de lo que convencionalmente se denomina crisis económica. Aquí, no se desconoce que las situaciones de agravamiento y/o superación de las perspectivas de comprensión de la crisis son las mismas en 2014 y 2018, años de las decisiones tomadas por el ministro Fux. No es eso. El argumento aquí se basa en el contenido de la decisión de 2018, que muestra una situación de crisis, como si esta situación fuera nueva en relación con 2014. En ese sentido, afirmo que en 2014 la sociedad brasileña ya estaba experimentando una crisis económica y que este marco no se tuvo en cuenta en la elaboración de la primera decisión (interdicto).

Después de la decisión de 2014, el ministro Fux debió colocar la acción en la agenda de juicio del STF para que ese órgano colegiado se manifestara sobre la legalidad del pago de la ayuda habitacional como Corte Constitucional. Sin embargo, el ministro Fux nunca llevó adelante el procedimiento de deliberación y su decisión pudo efectuar el pago de ese derecho a todos los magistrados del país hasta el año 2018. Es decir, entre los años 2014 y 2018

en el texto está relacionada con el pragmatismo normativo de Robert Brandom, por lo que no pareció apropiado incluir en este momento el pensamiento de Dworkin.

el derecho subjetivo de los magistrados brasileños fue garantizado por solo un ministro del STF que utilizó como argumento en la decisión el carácter deontológico de ese derecho. Sin embargo, el mismo ministro no ofreció a la Corte de la que es miembro, y en especial a la sociedad brasileña, la oportunidad de discutir la rectitud o incorrección de su decisión.

Por fin, un elemento externo a las decisiones del ministro Fux que nos parece el principal motivo de la reconsideración: la aprobación de las leyes n. 13.752/2018 y 13.753/2018. Los dos textos legales cambiaron el patrón de remuneración de los ministros del STF y del fiscal general de la República, otorgando un aumento del 16,38 % a esos cargos con un impacto directo en toda la estructura de remuneración de los magistrados y fiscales de todo el país, incluso en ante la proclamada ‘crisis financiera’ del Estado. La concesión de un aumento en el salario de los magistrados fue el elemento externo considerado por el ministro Fux para preparar la segunda decisión en 2018. Dado que los magistrados tuvieron un aumento del orden del 16,38 % en su remuneración, el ministro Fux consideró que el mantenimiento del pago del derecho subjetivo a la ayuda a la vivienda ya no sería posible ante la crisis económico-financiera.

Aplicando estas premisas a la hipótesis actual, *vale reconocer*, ante la profunda crisis que atraviesa el Estado brasileño y la recomposición de los subsidios, *la práctica imposibilidad de pagar el subsidio de vivienda en la forma en que inicialmente fue otorgado a los magistrados* y carreras judiciales que, por simetría, perciban la porción indemnizatoria junto con el aumento del subsidio resultante del reciente ajuste sancionado (Leyes Nro. 13.752/2018 e n.º 13.753/2018) terminando por acarrear impactos presupuestarios insostenibles.

Por tanto, *en un análisis pragmático*, no hay forma de sustraerse a la imposibilidad, por el momento, de las carreras jurídicas afectadas por el reciente reajuste para ver el pago de la ayuda habitacional en los moldes garantizados por la medida cautelar otorgada y en acumulación con el salario. recomposición En el actual estado de cosas, *el Poder Judicial está obligado a establecer parámetros que aseguren el ajuste fiscal de las cuentas públicas*.

En la perspectiva pragmática del ministro, ante el aumento salarial otorgado por ley, era necesario suspender el pago de un derecho del poder judicial también expresado y reconocido por la ley (LOMAN). Entiendo que el fundamento de la decisión escapa a los contornos legales, ya que, si se adopta la norma deontológica de Derecho, debidamente reconocida en la primera decisión (medida cautelar), tanto la ejecución del incremento del 16,38% como el pago del subsidio habitacional previsto pues en la LOMAN debe reconocerse judicialmente, pues ambas son fruto de la ley, a pesar de cualquier escenario de crisis económico-financiera. En este caso, correspondería a los Poderes

competentes, Ejecutivo y Legislativo, realizar los ajustes presupuestarios necesarios para garantizar a los magistrados lo que les corresponde por Derecho.

Las dos decisiones del ministro Fux pueden, por tanto, ser consideradas políticas en el sentido de ir más allá de los límites de la argumentación jurídica institucionalizada en la medida en que explican que el uso del concepto de Derecho puede adoptarse de manera circunstancial, eludiendo así las exigencias de una razón pública que hace explícita a los ciudadanos las razones de derecho de las decisiones del Poder Judicial. Como decisiones políticas, la manifestación del Poder Judicial en el caso que se analiza rebasa los límites normativos del Estado Democrático de Derecho, previsto en la Constitución de 1988, en perjuicio directo del principio de separación de poderes. En 2014, el ministro toma una decisión que impacta directamente en el presupuesto público, colocando un elemento externo en las actividades de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en cuanto a los ajustes financieros y fiscales necesarios para cumplir con la referida decisión. En 2018, el mismo Mín. reconsidera su decisión bajo el argumento de que tras el aumento otorgado por ley a la magistratura (y al Ministerio Público) el Estado sufrirá un inevitable impacto financiero, siendo el Poder Judicial una ‘obligación’ del Poder Judicial de realizar un ajuste de cuentas respecto el presupuesto público.

CONSIDERACIONES FINALES

El ensayo partió de las lentes normativo-conceptuales de Rawls (razón pública) y Brandom (pragmatismo normativo) para analizar dos decisiones tomadas por ministro Luiz Fux en el ámbito del Supremo Tribunal Federal. Se demostró que las decisiones no presentan una racionalidad coherente en cuanto al juicio público de la existencia o no del subsidio de vivienda para los magistrados como un derecho subjetivo previsto en la ley. Además de la falta de coherencia interna, se demostró una racionalidad política cuando dicho juez utilizó el concepto de pragmatismo. También se demostró que la decisión no explica el contenido normativo de las referencias de los conceptos que sustentan la parte resolutive de la sentencia. Finalmente, se demostró que ministro tuvo en cuenta elementos externos a la ley, haciendo un argumento consecuencial para descartar la aplicación de la ley. Todos estos elementos analizados en conjunto permiten afirmar que, para el caso bajo análisis, el Supremo Tribunal Federal no actuó con un caso ejemplar de razón pública al utilizar razones contradictorias que explican un corporativismo de conveniencia y, por lo tanto, incapaz de justificar pública y coherentemente el contenido deliberativo de aquellas. Este hallazgo implica reconocer que la actuación del STF en el caso analizado presenta un incumplimiento de los principios del Constitucionalismo Democrático y debe, por lo tanto, ser objeto de críticas por parte de los ciudadanos brasileños. Esta tarea crítica es una forma de continuar el juego de dar y pedir razones en la esfera pública

en una búsqueda continua del mejoramiento de las instituciones en cuanto a la aplicación del Derecho y, al mismo tiempo, la realización del ideal de la razón pública. Es en el ejercicio de esta crítica tarea que podremos afirmar en la esfera pública si, cuándo y cómo el STF puede ser considerado un tribunal deliberativo. En los contornos propuestos en este ensayo, no fue esta vez que nuestro Tribunal Supremo cumplió con el ideal normativo de ser un caso ejemplar de razón pública.

REFERENCIAS

- Adeodato, J. M. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014.
- Bavaresco, A. *Pragmatismo semântico: modelo, estratégias e história do projeto filosófico de Robert Brandom*. En *Revista Eletrônica de Filosofia Philosophy Electronic Journal*. 8(2), jul.-dez., 2011, 074-085.
- Brandom, R. *A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The normative fine structure of the Judges' Chain Novel*, 2012. <http://www.webpages.uidaho.edu/inpc/15th-2012/Brandom%20-%20A%20Hegelian%20Model%20of%20Legal%20Concept%20Determination.pdf>. Brandom, R. *Articulating reason. An introduction to inferentialism*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2001.
- Brandom, R. *Asserting*. En *Noûs*. 17(4), 1983, 637-650.
- Brandom, R. B. *Articulando razões. Uma introdução ao inferencialismo*, tradução de: Agemir Abavaresco et. Al. Porto Alegre: Edipurs, 2013.
- Brandom, R. B. *Para a reconciliação de dois heróis: Habermas e Hegel*. *Novos Estudos*. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, São Paulo, n.º 95, mar. 2013. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000100007&lng=pt&nrm=iso
- Brandom, R. *Between Saying & Doing. Towards an Analytic Pragmatism*. New York: Oxford Press, 2008.
- Brandom, R. *Making it Explicit: Reasoning, Representing and Discursive Commitment*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1994.
- Brandom, R. *Perspectives on Pragmatism: Classical, Recent, and Contemporary*. London: England, 2011.
- Brandom, R. *Some pragmatist themes in Hegel's Idealism: Negotiation and administration in Hegel's account of the structure and content of conceptual norms*. En *European Journal of Philosophy*, 1999, 164-189.
- Brandom, R. *Tales of the Mind Dead – Historical Essays in the Metaphysics of Intentionality*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2002.
- Brandom, R. *The Pragmatist Enlightenment (and its Problematic Semantics)*. En *European Journal of Philosophy*. 12(1), 2004, 1-16. ISSN 0966-8373.

- Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ação Originária n. 1773*. *Diário de Justiça*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 23 de abril de 2014. <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339125545&ext=.pdf>
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ação Originária n. 1773*. *Diário de Justiça*. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 23 de abril de 2014. <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=260475097&ext=.pdf>
- Camilloto, B. *Direito, democracia e razão pública*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- Camilloto, B. *Liberdade: a condição de possibilidade do pluralismo a partir do pensamento de Rawls*. En *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS. 14(3), maio 2019, e31429. ISSN 1981-3694. <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31429>
- Camilloto, B. *Pragmatismo normativo, Direito e Democracia*. En Miranda, J.; Morais, J. L. B. de; Rodrigues, S. T. y Marín, N. B. (Coord.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016, 351-370.
- Ghiraldelli Junior, P. y Roty, R. *Ensaio pragmatistas: sobre a subjetividade e verdade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.
- Glock, H.-J. *O que é filosofia analítica?* Tradução de Roberto Hofmeister Pich. Porto Alegre: Penso, 2011.
- Haack, S. *O universo pluralista do direito: em direção a um pragmatismo jurídico neo-clássico*. Tradução de Rachel Herdy. En *Revista de Direito, Estado e Sociedade*, (33), jul/dez 2008, 161-198.
- Klatt, M. *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica em la argumentación jurídica*. Traducción: Francisco J. Campos Zamora. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- Klatt, M. *Normatividade semântica e a objetividade da argumentação jurídica*. Tradução de Felipe Oliveira de Sousa. En *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. 2(2), jul./dez. 2010, 201-213.
- Lewis, D. *Scorekeeping a Language game*. En *Journal of Philosophical Logic*. 8(3), jun. 1979, 339-359. http://www.princeton.edu/~harman/Courses/PHI534-2012-13/Nov26/Scorekeeping_20in_20a_20Language_20Game.pdf
- Marçal, A. C. *Metaprincípios do Estado Democrático de Direito: uma abordagem pragmatista* (no prelo). En Cota Marçal, A. e outros. (Org.). *Os Princípios na Construção do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Vol. 1, 9-35.
- Marçal, A. C. *O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica*. En Campos Galuppo, M. (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006. Vol. 1, 105-118.
- Marçal, A. C. *Pragmatismo e Direito: qual pragmatismo e o quê interessa no pragmatismo?* En *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, (3), abr.

2011, 68-102. ISSN 2176-977X. <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1998>

Marçal, A. C. *Princípio: estatuto, função e uso no Direito*. En Tavares, F. H. (Org.). *Constituição, Direito e Processo*. Curitiba: Juruá, 2007, 31-58.

Menand, L. *Pragmatism. A reader*. New York: Vintage Books, 1997.

Menand, L. *The Metaphysical Club. A Story of Ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

Oliveira, M. A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

Peirce, C. S. *Como tornar as nossas ideias claras*. Tradução António Fidalgo. 1878. http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf

Rawls, J. *Liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

Shook, J. R. *Os pioneiros do pragmatismo americano*. Tradução de Fabio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

Waal, C. de. *Sobre Pragmatismo*. Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.