

# ABDConst

Academia Brasileira de Direito Constitucional

# CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Volume **14** | Número **27** | Ago/Dez 2022

**ABDCONST**  
**ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL**

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst  
Rua XV de novembro, 964, 2º andar, Centro, CEP: 80.060-000, Curitiba /PR  
Telefone: +55 (41) 3024-1167 / Fax: +55 (41) 3027-1167  
E-mail: [abdconst@abdconst.com.br](mailto:abdconst@abdconst.com.br)

*Solicita-se permuta.  
We ask for exchange.  
Se pide canje.  
On demande l'échange.  
Wir bitten um austausch.  
Oni petas intersangam.  
Si richiede lo scambio.*

Constituição, Economia e Desenvolvimento

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Programa de Pós-graduação em Direito.

Vol. 14, n. 24 (ago./dez. 2022) - Curitiba: 2022

Publicação semestral

ISSN 2177-8256

1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional

Endereço para correspondência:

**CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO: REVISTA  
ELETRÔNICA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO  
CONSTITUCIONAL**

Editores Responsáveis: Ilton Norberto Robl Filho e Flávio Pansieri  
Editora Adjunta: Luís Henrique Braga Madalena e Vinícius Quarelli  
E-mail: [ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br); [revista@abdconst.com.br](mailto:revista@abdconst.com.br)

Editoração: Vinícius Quarelli

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

**CONSELHO EDITORIAL****Editores Responsáveis****Ilton Norberto Robl Filho**

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e permanente do Mestrado em Direito do IDP. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

**Flávio Pansieri**

Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Presidente do Conselho Fundador da ABDConst. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-Doutor em Direito pela USP.

**Luis Henrique Braga Madalena**

Vice-Diretor Financeiro da ABDConst. Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito pela ABDConst. Coordenador da Especialização em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica da ABDConst.

**Vinícius Quarelli**

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS. Especialista em Direito Constitucional e em Teoria do Direito, Dogmática Crítica e Hermenêutica pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Editor Adjunto.

**Membros do Conselho Editorial****Alexandre Walmott Borges**

Professor de mestrado em Direito e Gestão Organizacional da UFU - Universidade Federal de Uberlândia. Professor visitante do mestrado em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita F. Doutor em Direito pela UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em História pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia.

**Antonio Carlos Wolkmer**

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu UNESC.

**Antônio José Avelãs Nunes**

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra.

**Cristiano Celone**

Professor associado de Direito Administrativo do Departamento de Direito da Universidade de Palermo e sócio fundador da Associação ítalo-brasileira dos Professores de Direito Administrativo e Constitucional (AIBDAC).

**Eroulths Cortiano Junior**

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR.

**Ingo Wolfgang Sarlet**

Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha.

**Luís Fernando Sgarbossa**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

**Lenio Luiz Streck**

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNISINOS e da UNESA. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa e Doutor pela UFSC.

**Marco Aurélio Marrafon**

Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR.

**Marcus Firmino Santiago da Silva**

Professor do Curso de Direito da UDF - Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.

**Mario Antonio Roque Midón**

Ex-Presidente da Associação Argentina de Direito Constitucional. Prof. Titular de Direito Constitucional da UNNE – Argentina.

**Mariana Mota Prado**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale.

**Milena Petters Melo**

Professora da Universidade de Blumenau – FURB e Doutora em Direito pela Università degli Studi di Lecce, UNISALENTO.

**Nicola Gullo**

Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade de Palermo, Itália.

**Priscila Machado Martins**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Valparaíso. Professora de Direito Processual Constitucional, Universidade de los Andes, Chile.

**Roberto Gargarella**

Professor da Universidade Torcuato Di Tella e da Universidade de Buenos Aires, Argentina.

**Sabina Grabowska**

Professora de Direito na Universidade de Rzeszow, Polônia. Doutora pela universidade de Rzeszow e Pós-doutora pela Universidade de Dublin.

**CONSELHO DE PARECERISTAS DA REVISTA DA ABDCONST**

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco  
Aldo Muro Júnior  
Alexandre Coutinho Pagliarini  
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia  
Alexandre Hamilton Oliveira Santos  
Alexandre Morais da Rosa  
Alexandre Walmott Borges  
Alfredo Copetti  
Álvaro Borges de Oliveira  
Álvaro de Oliveira Azevedo Neto  
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci  
Ana Paula de Barcellos  
André Luiz Costa-Corrêa  
Andrea Boari Caraciola  
Ângela Issa Haonat  
Ângela Maria  
Antonio Baptista Gonçalves  
Antonio Celso Baeta Minhoto  
Antonio Gomes Moreira Maués  
Antonio Veloso Peleja Junior  
Balmant Emerique  
Beclaute Oliveira Silva  
Brandão Soares  
Bráulio de Magalhães Santos  
Caio Augusto Souza Lara  
Carla Izolda Fiuza Costa Marshall  
Carlos Bolonha  
Carlos Victor Nascimento dos Santos  
Carolina Alves Vestena  
Cátia Rejane Liczbinski Sarreta  
Cavalcanti Ramalho  
Célia Barbosa Abreu  
Christiane De Holanda Camilo  
Cláudia Luiz Lourenço Claudio Gonçalves  
Munhoz  
Claudio Smirne Diniz Clodoaldo Moreira

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira  
Cristiane Helena de Paula Lima Cabral  
Daniel Francisco Nagao Menezes  
Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis  
Daniela Rezende Oliveira  
Delmo Mattos da Silva  
Demetrius Nichele Macei  
Diana Carolina dos Santos Júnior  
Eduardo Antônio Klausner  
Eduardo Biacchi Gomes  
Eduardo Molan Gaban  
Eleonora Mesquita Ceia  
Eliana Franco Neme  
Eloi Martins Senhoras  
Emerson Gabardo  
Emilio Peluso Neder Meyer  
Eneas De Oliveira Matos  
Érico Hack  
Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho  
Eroulths Cortiano Júnior  
Everton das Neves Gonçalves  
Ezilda Claudia de Melo F. M. Maciel  
Fábio Lima Quintas  
Fabrício de Assis Campos Vieir  
Fabrício Ricardo de Limas Tomio  
Fausto Santos de Moraes  
Fauzi Hassan Choukr  
Felipe Chiarello  
Fernando Hoffmam  
Fernando Nagib  
Flávia Danielle Santiago Lima  
Francisco de Assis do Rego M. Rocha Jr.  
Germano André Doederlein Schwartz  
Geziela Iensue  
Giovani da Silva Corralo  
Gisele Mascarelli Salgado

Guilherme Camargos Quintela  
Gustavo Almeida Paolinelli de Castro  
Gustavo Silveira  
Hamilton da Cunha Iribure Júnior  
Heder Carlos de Oliveira  
Heitor de Carvalho Pagliaro  
Henrique Napoleão Alves  
Henry Atique  
Ingo Wolfgang Sarlet  
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães  
Jackelline Fraga Pessanha  
Jacqueline de Souza Gomes  
Janaína Machado Sturza  
Jean Carlos Dias  
João Paulo Capelotti  
Jorge Jose Lawand  
José Carlos Buzanello  
José de Magalhães Campos Abrósio  
Jose Everton da Silva  
José Francisco de Assis Dias  
José Luiz Ragazzi  
José Renato Martins  
Josemar Sidinei Soares  
Josias Jacintho Bittencourt  
Juliana Cordeiro Schneider  
Julio Pinheiro Faro  
Jussara Maria Leal de Meirelles  
Katiucia Boina  
Leilah Luahnda Gomes De Almeida  
Leonam Liziero  
Leonardo Vieira Wandelli  
Lilian Márcia Balmant  
Livia Gaigher Bósio Campello  
Luana de Carvalho Silva Gusso  
Lucas Abreu Barroso  
Lucas Catib de Laurentiis

Lucas Gonçalves da Silva  
Luciana Costa Poli  
Luciana Fernandes Berlini  
Luciana Souza de Araujo  
Luciene Dal Ri  
Luis Fernando Sgarbossa  
Luis Gustavo G. Castanho de Carvalho  
Luis Renato Vedovato  
Luiz Claudio Araújo Coelho  
Luiz Eduardo Anesclar  
Luiz Ricardo Guimaraes  
Maraluce Maria Custodio  
Marcelo Henrique Nogueira Diana  
Marcelo Labanca C. de Araújo  
Marcelo Lamy  
Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes  
Márcia Jucá Teixeira Diniz  
Márcio Pugliesi  
Marco Antônio Ribeiro Tura  
Marco Aurélio Marrafon  
Marco Felix Jobim  
Marcos Alves da Silva  
Marcos Augusto Maliska  
Marcos Catalan  
Marcos Coelho  
Marcus Firmino Santiago  
Margareth Anne Leister  
Margareth Vetis Zaganelli  
Maria da Graça de Moraes Bittencourt  
Campagnolo  
Mário Ferreira Neto  
Martinho Martins Botelho  
Mateus de Oliveira Fornasier  
Micheli Pereira  
Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas  
Milena Petters Melo Monica Bonetti Couto

Mônica Helena Harrich Silva Goulart  
Murilo Melo Vale  
Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi  
Nina Tricia Disconzi Rodrigues  
Pablo Malheiros da Cunha Frota  
Paula Pessoa Pereira  
Paulo Ricardo Schier  
Paulo Sérgio da Silva  
Phillip Gil França  
Rafael de Oliveira Costa  
Rafael Silveira e Silva  
Rafael Tomaz De Oliveira  
Ribeiro Guedes  
Ricardo Aronne  
Ricardo Carneiro Neves Júnior  
Ricardo Serrano Osorio  
Rodrigo Fortunato Goulart  
Ronaldo Lindimar José Marton  
Samantha Ribeiro Meyer Pflug  
Sandra Sereide Ferreira da Silva  
Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli  
Sandro Marcelo Kozikoski  
Sandro Rogério Monteiro de Oliveira  
Saulo Bichara Mendonça  
Sebastião Neto  
Simone Tassinari Cardoso  
Sonia Barroso  
Sulamita Crespo Carrilho Machado  
Sylvio Alarcon  
Tiago Resende Botelho  
Túlio Lima Vianna  
Valencia Tello  
Valéria Cristina Pereira Furlan  
Valéria Silva Galdino Cardin  
Vanessa Oliveira Batista Berner

Vânia Beatriz Rey Paz  
Wagner Silveira Feloniuk  
Walter Guandalini Junior  
William Soares Pugliese



**PARECERISTAS QUE PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO**

Bárbara Dayana Brasil  
Flávio Pansieri  
Raphael Boldt de Carvalho  
João Paulo Bachur  
Ingo Wolfgang Sarlet  
Luã Nogueira Jung  
Pablo Malheiros da Cunha Frota  
Luís Fernando Sgarbossa

## INDEXAÇÃO



latindex



Google Acadêmico



**EDITORIAL**

Com grande honra apresentamos o número 27 (2022, v. 14, n. 27, ago./dez.) da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Essa nova edição publica pesquisas e ensaios de excelência, relevância e atualidade, encontrando-se também atenta à internalização contando com a veiculação de textos de pesquisadores e professores de instituições espanholas e alemãs.

O primeiro eixo temático versa sobre **Estado Social, Políticas Públicas e Intervenção**.

O artigo intitulado “Cabotagem para passageiros e a eficácia constitucional do direito social ao transporte”, dos autores Eduardo Antonio Temponi Lebre, Eliane Maria Octaviano Martins e Marcieli da Silva Ribeiro, analisa a ineficiência do transporte de pessoas através do modal rodoviário e a sua possível superação a partir da implantação do serviço de transporte aquaviário. Em evidência: direito social do transporte, contexto brasileiro e necessárias mudanças de políticas públicas.

O segundo eixo temático abrange as pesquisas acerca da **Jurisdição Constitucional entre Teoria e Prática**.

O trabalho “Die Zwei-seiten-lehre und die kraft des faktischen in der Allgemeine Staatslehre von Georg Jellinek”, do autor Eduardo Luís Kronbauer, analisa a obra de Georg Jellinek – Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre). O foco do texto é o estudo da doutrina das duas faces do Estado, com destaque na doutrina social e na doutrina jurídica do Estado. Ainda, o texto evidencia o direcionamento do jurista alemão para uma multidisciplinariedade analítica quando da construção do conceito jurídico de Estado.

Por fim, o artigo titulado “Die debate zwischen Robert Alexy und Ralf Poscher: eine einführende Analyse”, do autor Victor Lucas Silva da Conceição de Souza, aborda a teoria dos direitos fundamentais do professor Robert Alexy, por meio de uma perspectiva crítica da Teoria dos Princípios, com o objetivo de expor o debate entre os juristas Robert Alexy e Ralf Poscher.

O terceiro eixo temático enfrenta a relação entre **Sujeitos e Direitos: potencial de construções críticas ao constitucionalismo pelo diálogo comparado e interdisciplinar**.

O artigo "Oralidade, intermediación, sesgos cognitivos y sociales en los procesos no

penales", escrito por Carlos Martín Villanueva, Carolina Arriola e Carlos Isidro Bustos, tem como tema central a discussão sobre a influência dos vieses cognitivos (muitas vezes inconscientes) do juiz em suas ações e decisões, especialmente em audiências orais, quando há um contato maior com as partes. Segundo os autores, tais vieses podem implicar em desvio dos padrões de racionalidade exigidos em um processo judicial e, portanto, devem ser conhecidos pelo juiz e, na medida do possível, minimizados, por exemplo, mediante a capacitação dos julgadores quanto a presença, funcionamento e impactos de seus vieses em suas ações.

Reiteram-se os votos de excelente leitura!

**Ilton Norberto Robl Filho e Flávio Pansieri**

Editores Responsáveis da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

**Luis Henrique Braga Madalena e Vinícius Quarelli**

Editores Adjuntos da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

**SUMÁRIO****1 ESTADO SOCIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERVENÇÃO****CABOTAGEM PARA PASSAGEIROS E A EFICÁCIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO SOCIAL AO TRANSPORTE***CABOTAGE FOR PASSENGER AND CONSTITUTIONAL EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHT TO TRANSPORT*

Eduardo Antonio Temponi Lebre, Eliane Maria Octaviano Martins e Marcieli da Silva Ribeiro ..... 14

**2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE TEORIA E PRÁTICA****DIE ZWEI-SEITEN-LEHRE UND DIE NORMATIVE KRAFT DES FAKTISCHEN IN DER ALLGEMEINE STAATSLEHRE VON GEORG JELLINEK***A DOCTRINA DAS “DUAS FACES” DO ESTADO E A FORÇA NORMATIVA DOS FATOS NA TEORIA GERAL DO ESTADO DE GEORG JELINNEK*

Eduardo Luís Kronbauer ..... 42

**DIE DEBATTE ZWISCHEN ROBERT ALEXY UND RALF POSCHER: EINE EINFÜHRENDE ANALYSE***THE DEBATE BETWEEN ROBERT ALEXY AND RALF POSCHER: AN INTRODUCTORY ANALYSIS*

Victor Lucas Silva da Conceição de Souza ..... 65

**3 SUJEITOS E DIREITOS: POTENCIAL DE CONSTRUÇÕES CRÍTICAS AO CONSTITUCIONALISMO PELO DIÁLOGO COMPARADO E INTERDISCIPLINAR****ORALIDAD, INMEDIACIÓN, SEGOS COGNITIVOS Y SOCIALES EN LOS PROCESOS NO PENALES***GENDE ORALITY, IMMEDIATION, COGNITIVE AND SOCIAL BIASES IN NON-CRIMINAL PROCEDURES*

Carlos Martín Villanueva, Carolina Arriola e Carlos Isidro Bustos ..... 81

**CABOTAGEM PARA PASSAGEIROS E A EFICÁCIA  
CONSTITUCIONAL DO DIREITO SOCIAL AO TRANSPORTE**  
*CABOTAGE FOR PASSENGER AND CONSTITUTIONAL  
EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHT TO TRANSPORT*

**Eduardo Antonio Temponi Lebre<sup>1</sup>**

**Eliane Maria Octaviano Martins<sup>2</sup>**

**Marcieli da Silva Ribeiro<sup>3</sup>**

**RESUMO:** Este artigo tem a finalidade de confrontar o paradigma histórico e politicamente assentado na ineficiente preferência brasileira pelo transporte de pessoas através do modal rodoviário, mediante a comprovação de viabilidade jurídica da implantação do serviço de transporte aquaviário para passageiros na navegação de cabotagem brasileira e a sua sustentabilidade como empreendimento. A partir disso, através do método dedutivo e interpretação jurídica sistêmica, evidencia-se que a cabotagem requer uma mudança de cultura organizacional, pois o setor carece de maior regulamentação por parte dos órgãos envolvidos, estímulo por parte do mercado, padrões técnicos específicos que vão além das questões abrangentes de aspectos atuais, podendo assim, ser a solução para reduzir custos logísticos e trazer eficácia constitucional do novo direito social do transporte digno e sustentável, e conseqüentemente, ser o impulso que faltava para o desenvolvimento da cabotagem para passageiros, como uma maneira de melhorar a mobilidade da população brasileira que se concentra na Zona Costeira, abrindo uma discussão sobre uma necessária mudança de políticas públicas para Marinha Mercante.

**Palavras-chave:** Transporte; Cabotagem; Passageiros; Direito social.

---

<sup>1</sup> Professor Titular e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-doutorado com apoio de bolsa CAPES/PNPD no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Santos (UniSantos). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3269886672799976>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-7944-1532>. E-mail: [edu.lebre.adv@hotmail.com](mailto:edu.lebre.adv@hotmail.com).

<sup>2</sup> Supervisora de estágio Pós-Doutoral CAPES/PNPD no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Santos (UniSantos). Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutorado no Programa de Pós-Graduação da Western Michigan University (WMICH, USA) e no da Universidade Autônoma de Barcelona (UAB, Espanha). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2546717607480050>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-9360-226X>. E-mail: [emom@uol.com.br](mailto:emom@uol.com.br).

<sup>3</sup> Oceanógrafa e Mestranda pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5948223759666815>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-0204-2162>. E-mail: [marcielisr@gmail.com](mailto:marcielisr@gmail.com).

**ABSTRACT:** This article aims to confront the historical and political paradigm based on the inefficient Brazilian preference for transporting people by road, by proving the legal feasibility of implementing the cabotage transport service for passengers in Brazilian coastal shipping and its sustainability as an enterprise. From this, through the deductive method and systemic legal interpretation. It is evident that cabotage requires a change in organizational culture. As the sector lacks greater regulation by the authorities involved, stimulation by the market, specific technical standards that will in addition to the comprehensive issues of current aspects. It may thus be the solution to reduce logistical costs and bring constitutional effectiveness of the new social right to decent and sustainable transport. Consequently, be the missing impetus for the development of cabotage for passengers, as a way to improve the mobility of the Brazilian population that is concentrated in the Coastal Zone, opening a discussion about a necessary change in public policies for the Merchant Marine.

**Key-words:** Transport; Cabotage; Passengers; Social law.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Regime jurídico da navegação de cabotagem; 3. O Navio Ro-Pax; 4. Proteger ou abrir o mercado brasileiro: Desafio político-decisório para aumentar o Poder Marítimo; 5. A ANTAQ admite o desinteresse socioeconômico na cabotagem para passageiros; 6. Ausência da cabotagem para pessoas no Projeto de Lei “BR do Mar”; 7. Conclusão; 8. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como abordagem metodológica principal os meios empregados pela Ciência do Direito para o conhecimento de um objeto, no entanto, devido às múltiplas referências aos fatos e fenômenos sociais, ele vai além do mundo jurídico, envolvendo-se nos assuntos políticos e tecnológicos, desde o tipo de navio mais indicado para o transporte de passageiros, ao longo da costa, como se faz em outros países, bem como, trazer ao debate a importância de terminais portuários específicos nas principais cidades costeiras brasileiras para receberem passageiros, como reflexo de uma nova tendência política de fazer a revisão do protecionismo brasileiro à Marinha Mercante.

Diga-se que há evidente importância de um fato determinante na política brasileira, ocorrido em 15 de setembro de 2015, que foi a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 90, que passa a incluir o transporte no rol dos direitos sociais dos brasileiros, presente no Artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que já previa dentre os direitos dos cidadãos a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos

desamparados, passando a incluir o transporte, conseqüentemente, o transforma em objeto de estudo elevado à categoria constitucional de direito social, o qual deve ser eficazmente garantido pelo Estado brasileiro, através de revisões das leis ordinárias vigentes e aplicáveis aos modais de transporte, neste caso, discute-se a cabotagem para passageiros, não obstante, existem outras linhas que o legislador deva reordenar para dar eficácia ao novo direito social.

Inaugura-se uma nova expectativa de direito gerada pelo Art. 6º da CRFB, que pode ser explicada como sendo mais um item integrante desta tarefa de escrever sobre um conjunto de normas garantidoras do exercício da vida social dos cidadãos brasileiros, que deve incluir, a partir da promulgação do novo texto constitucional, o transporte, para o qual somente um exercício ativo da cidadania levará à cobrança dos setores do Governo responsáveis, para que seja dada a dignidade merecida aos cidadãos usuários dos transportes no Brasil.

Apesar do estudo da integração multimodal ser importante, tanto do ponto de vista de outras ciências, quanto do Direito, esta obra, especialmente, cuida somente do regime jurídico de um modal de transporte, o aquaviário de cabotagem para passageiros. Conseqüentemente, é necessário falar sobre a exploração econômica dos portos, para que as cidades portuárias possam se utilizar da cabotagem para passageiros. Para as que têm potencial já existente ou para aquelas que devam construir terminais de passageiros nos seus portos, a fim de atender a população e o setor privado dos empreendedores do transporte aquaviário.

O transporte aquaviário de cabotagem que é feito no Brasil está aquém do seu potencial, sendo necessário organizar um plano ou programa de metas para o setor da navegação de cabotagem para passageiros, pois através da cabotagem, a mobilidade urbana pode ser mais acessível quando feita pelo modal aquaviário interestadual, que é realizado pela navegação entre os portos nacionais, observando isso como uma ação de fundamental importância socioeconômica para as futuras gerações.

O Governo propôs ao Congresso um Projeto de Lei nº 4.199/20 com mudanças importantes para o setor da cabotagem. Uma das propostas consideradas prioritária para as empresas é a flexibilização do uso de navios estrangeiros, inclusive, com uma possibilidade de utilizar tripulação internacional, que é duas vezes mais barata que a brasileira. Hoje, as



empresas até podem usar navios estrangeiros, mas há uma série de restrições. A ideia do governo é flexibilizá-las ou adaptá-las à nova filosofia de exploração do mar, há que se fazer uma investigação ampla para poder responder.

Em caráter de urgência, o Governo Federal enviou em 11 de agosto de 2020 ao Congresso Nacional o Projeto de Lei que cria o Programa de Incentivo à Cabotagem, conhecido como BR do Mar. Trata-se de uma série de medidas, que inclui desde a criação de novas rotas até a redução de custos. Entre outras metas, pretende-se ampliar o volume de contêineres transportados por ano, de 1,2 milhão de TEUs (unidade equivalente a 20 pés), em 2019, para 2 milhões de TEUs, em 2022, além de ampliar em 40% a capacidade da frota marítima dedicada à cabotagem nos próximos três anos, excluindo as embarcações dedicadas ao transporte de petróleo e derivados.

Para a formulação do programa, foram realizadas reuniões com autoridades do governo, usuários, armadores, representantes da construção naval e sindicatos de marítimos. Com o Programa BR do Mar, o Governo afirma equilibrar a matriz de transporte, nos libertar de determinadas amarras, aumentando o uso de embarcações afretadas, reduzindo custos e burocracia, além de aumentar a oferta e incentivar a concorrência.

As grandes empresas que dominam o mercado de cabotagem no Brasil preveem que a nova legislação proposta pelo governo federal – a chamada BR do Mar – acelerará e tornará mais barato seu crescimento no país. Por outro lado, a população brasileira necessita de melhor logística de transporte e oferta multimodal, e não se encontra menção sobre esse assunto no Projeto de Lei.

Sendo assim, o objetivo deste estudo é o de verificar a eficácia constitucional do direito social ao transporte, no contexto do Artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, e comprovar a viabilidade jurídica da implantação e manutenção do serviço de transporte aquaviário para passageiros na navegação de cabotagem brasileira.

## **2. REGIME JURÍDICO DA NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM**

Na ordenação do transporte aquaviário brasileiro, a cabotagem é a navegação entre os portos, do mesmo país, utilizando as vias marítimas ou vias navegáveis interiores, segundo os termos da Lei nº 9.432/97, inciso IX, do artigo 2º. Portanto, falar-se-á desta lei,

da CRFB e dos regulamentos da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), que são os diplomas legais aplicados às outorgas, visando à exploração comercial da atividade econômica aquaviária.

Não dispensando a menção institucional da ANTAQ que reconhece a incapacidade ou falta de demanda empreendedora aquaviária brasileira, em geral, e, especificamente, para cabotagem mista, entendendo-se os problemas que têm inviabilizado a melhoria da mobilidade humana que é o ambiente político onde se cruzam o intervencionismo com o capitalismo.

A ANTAQ trabalha mediante processos administrativos complexos, que levam a criação e o funcionamento das empresas de navegação, fato que, gradualmente, gera uma cultura de aceitação da intervenção estatal no mercado neoliberal pós-globalizado.

Com funções e atribuições de sua competência, típicas de agência reguladora de atividade econômica, expedindo-se e se fazendo cumprir medidas jurídicas diversas, atos administrativos, que visam à proteção do mercado de transporte aquaviário, dando-lhe a devida legalidade e publicidade, com tomada de decisões visando equilibrar o mercado e manter os princípios da livre concorrência. Diga-se que foi através dela que se deu o primeiro passo para uma imposição de regras regulatórias de mercado para atividade econômica relacionada à navegação e exploração portuária requisitada pela operação do navio. Duas competências da ANTAQ se destacam: a outorga de concessão ou autorização e o poder de fiscalização.

Delimita-se um problema autêntico do Brasil no segmento do transporte de cabotagem para passageiros, a ausência e/ou insignificância da utilização do navio Ro-Pax, que foi concebido para navegar na cabotagem mista. Dessa forma, acentuando-se a carência histórica do transporte aquaviário misto de passageiros e cargas, na cabotagem feita através deste tipo de navio especializado.

Em termos de políticas públicas para o setor aquaviário, não há incentivo à livre iniciativa, não existe uma livre concorrência e não há empresa pública ou privada que explore o serviço de cabotagem para passageiros, levando à crise para livre circulação de pessoas e bens às consequências desastrosas para economia. Além disso, causa perplexidade olhar para o fato de que a interiorização urbana parece não afetar a concentração populacional na Zona

Costeira, pois, segundo IBGE (2011, p. 30), há mais de 75% da população brasileira vivendo no litoral ou bem perto dele.

### **3. O NAVIO RO-PAX**

Em relação à tecnologia, diante dos fatos e do direito social do transporte, que emerge como garantia constitucional, surge à exigência de demonstração da utilidade de um tipo especial de navio, o Ro-Pax, que ainda não foi visto no Brasil, ele, que além de pessoas, pode levar cargas leves (bagagens) e veículos sobre rodas, adotando-se essa embarcação especializada evita-se misturar seres humanos com a carga comum de um navio, como aconteceu muitas vezes no passado, quando um navio levava pessoas e cargas de várias espécies, aumentando o risco de acidentes que podem vitimar os passageiros por contaminação proveniente dos compartimentos de carga.

Com o Ro-Pax, o passageiro leva a sua bagagem e pode, inclusive, escolher viajar com seu veículo, que será também desembarcado no destino, sem dúvida, se for implantado no Brasil, haverá uma melhora para o tráfego rodoviário, o que pode ser um dos resultados mais positivos deste empreendimento, a segurança de embarcar pessoas e de transportar seus veículos sobre rodas em navios, o que torna a viagem mais confortável e eficiente.

O Ro-Pax é um tipo derivado de outro projeto naval o ro-ro, navega muito rápido, e a sua sigla que é um acrônimo para Roll-on/Roll-off, adaptado para transportar carga sobre rodas, visto em meios militares e civis. O navio ro-ro é diferente do navio Ro-Pax porque neste há inclusão dos passageiros e não somente da carga (veículos). Os veículos no navio são carregados e descarregados por meio de rampas internas, normalmente, essas rampas são feitas na direção da popa (traseira) do navio. Em alguns navios, eles também são encontrados no lado da proa (frente), bem como nas laterais.

Há uma tendência crescente para construir navios Ro-Pax, tendo-se em vista o mercado de ferries de passageiros concorrerem com as companhias aéreas de baixo custo (low cost) e com o transporte ferroviário. De fato, estes navios apresentam maior crescimento no transporte intra-Europeu de baixo custo, eles podem chegar, aproximadamente, até 200m de comprimento e 30m de largura, tendo capacidade para mais de 1.500 passageiros e centenas de veículos.

Podem ser construídos para adaptarem-se a região onde irão operar e cada projeto naval é personalizado para o mercado (usuários de transporte), condições de navegabilidade e acomodações portuárias, incluindo-se a navegação de cabotagem, porque nela não há muita distância da linha de base costeira, ideal para a mobilidade interestadual nos estados costeiros da Federação brasileira.

#### **4. PROTEGER OU ABRIR O MERCADO BRASILEIRO DE CABOTAGEM**

Um dilema se impõe, diante do fim ou da permanência da legislação protecionista para indústria naval doméstica? Abrir o mercado às empresas de cabotagem controladas pelo capital estrangeiro ou não? Além das normas de direito marítimo, não se pode deixar de lado a ideal reformulação da atual legislação trabalhista, no que se refere à tripulação? Pensa-se num modelo que isente o segmento de impostos ou, pelo menos, reduza o peso tributário e torne o combustível (bunker) mais barato para as operações?

Note-se que a cabotagem, se comparada aos outros modais de transporte, além de eliminar barreiras estruturais, porque, economicamente mostra-se mais interessante, por consumir menos combustível e ter uma alta capacidade de carga/peso e apresentando um baixíssimo índice de roubos e avarias. E, ainda, por ser um modal de transporte que utiliza vias naturais e reduz a emissão de gases prejudiciais na atmosfera, é considerada aquela que menos interfere no meio ambiente.

No entanto, não é tão fácil para os brasileiros terem a cabotagem para passageiros, porque isso requer uma mudança de cultura organizacional, poucos enxergam ela ser a solução para reduzir custos logísticos, ao escapar dos altos custos do transporte rodoviário e se prevenir das limitações e da inexistência de malha ferroviária para as pessoas no país, sem dúvida que o ideal seria um sistema integrado de transporte envolvendo vários modais, trazendo uma solução logística e uma redução de custos.

A cabotagem em geral é um segmento de transporte estratégico. É um modal com forte regulação intermediado por políticas de subsídios governamentais e reservas de mercado. De acordo com estudos, a cabotagem representa pouco mais de 9% da matriz brasileira de transporte de carga. Não há registro de que armadores estariam interessados em transportar pessoas no Brasil.

Há que se mencionar a postura de Mahan, que foi um dos teóricos da geopolítica marítima, sobre a Talassocracia, que é uma palavra de origem grega cujo significado é o domínio do Estado sobre os mares e a história do poder sobre o mar (WEVER, 2013, p. 2). Ele escreveu numerosos artigos e livros e deixou muitos seguidores. Para ele, a Marinha foi simplesmente o social desenvolvimento lógico do comércio marítimo pacífico, através de bases avançadas que eram necessárias para permitir que os navios de guerra operassem para frente, estrategicamente colocados ao longo das linhas de comunicação marítimas.

Mahan (1890, p. 25) interpretou o mar como um grande bem comum, um meio através do qual o comércio e a força militar poderiam fluir livremente, com franca expansão econômica e geográfica consolidando o Poder Marítimo como comércio que prospera pela paz e sofre pela guerra, assim, a paz é o interesse superior das grandes Nações marítimas.

Como a maioria dos estrategistas realistas, Mahan (1890, p. 12) acreditava que a política internacional era, principalmente, uma luta por quem recebe o que, quando e como. A luta poderia ser sobre território, recursos, influência política, vantagem econômica ou interesses normativos (valores).

Os concorrentes eram os líderes dos Estados-Nação tradicionais que somente respeitariam as forças militares e navais que eram seu principal instrumento de política. Aquele que comanda o mar comanda o comércio e aquele que é o senhor do comércio do mundo é o senhor de toda a riqueza.

Então, os pontos destacados no conjunto das ideias de Mahan (1890, s.p.) são: 1. Encorajar a consciência da importância do comércio marítimo na sociedade e no governo, ajudando a produzir as condições em que esse comércio florescerá; 2. Elevar a Marinha Mercante, social e politicamente, encorajando o desenvolvimento de um sistema de valores e um estilo de governo que promova o comércio; 3. Facilitar o desenvolvimento do Poder Naval, em parte, porque é simplesmente mais eficiente aumentar os recursos da Marinha de Guerra para dar à Marinha Mercante proteção para a segurança do comércio marítimo, direta e indiretamente; 4. Incluir-se a civilização marítima como sendo comercial, levando-se em conta que o comércio exterior deve ser aplicado através do comércio; 5. As ações militares devem apenas manter as condições mais favoráveis para uma civilização comercial planetária; 6. O pensamento geopolítico que justificava o Poder Naval dos Estados Unidos

da América (EUA), do Reino Unido e da Irlanda do Norte pode ser aplicado a outros países, porque os conceitos são universais e suas práticas estratégicas podem ser adaptadas a outras culturas.

Ao serem observadas as principais ideias de Mahan, sobre o poder marítimo, pode-se deduzir uma fórmula do poder talassocrático: [Marinha + Frota Comercial + Pontos de Apoio = Poder Marítimo]. Dentro desta visão, frequentemente, o fator humano é a chave para o sucesso ou declínio do Estado, e o Poder Marítimo é eficiente, segundo a teoria explicitada, quando a população, que é medida pelo índice quantitativo, eleva a capacidade de trabalho e autodefesa.

O objetivo estratégico desta capacidade é ter uma força em rede e implantável que possa atuar em uma variedade de ambientes. As pessoas, no entanto, são fundamentais para maximizar a eficácia dessa capacidade. Tem que treiná-las e educá-las para operar essa capacidade, mas, também, para que elas entendam como podem alcançar a missão e os valores sociais envolvidos.

Antes de se propor uma solução plausível para atender ao novo direito social que a Constituição brasileira inaugurou para o transporte, não se pode deixar despercebido o Poder Marítimo e, então, ele passar com eficiência a contribuir para livre circulação de pessoas e bens nos estados brasileiros costeiros, assim, se deve entender melhor o assunto comparando-o com outros países que utilizam a navegação de cabotagem para passageiros.

Por exemplo, a ideia conservadora e protecionista norte-americana da Lei Jones (Merchant Marine Act de 1920), que não é uma mera relíquia de outro momento, sendo universalizada pela guerra naval e os interesses estratégicos das nações, a bem da verdade, significaram o cultivo de uma forte Marinha Mercante nos EUA.

Esse é o pensamento mais contundente que levou os EUA a realizar toda a construção naval americana e toda a indústria naval com um esquema protecionista restritivo. Trazendo segurança jurídica para investimentos no transporte aquaviário, onde é inegável a aplicação prática da teoria de Mahan, a Lei Jones de 1920 é a base para normas de cabotagem protecionistas que regem o transporte norte-americano, ela foi aprovada com a intenção de preservar os interesses nacionais e prover a defesa nacional, apoiando a Marinha Mercante norte-americana.

A Lei Jones restringe o transporte de mercadorias e passageiros entre os portos dos EUA para navios construídos e sinalizados pelos EUA e tripulados predominantemente pelos americanos. Como resultado, o transporte doméstico nos EUA é mais caro para os consumidores, que não possuem opções competitivas, bem como para os proprietários do transporte marítimo, que devem pagar mais por seus navios e ter custos de pessoal maiores, devido ao aumento dos salários e benefícios dos funcionários.

Enquanto isso, desde a Segunda Guerra Mundial, e apesar da intenção da Lei Jones, os estaleiros dos EUA estão em declínio. A partir de 2011, havia apenas cinco estaleiros nacionais públicos nos EUA e 20 privados. Dos 171 navios de bandeira de propriedade privada dos Estados Unidos, 93 eram elegíveis para Lei Jones e 73 podiam ser categorizados como militarmente úteis. Entre 2006 e 2011, a frota elegível para a Lei Jones foi encurtada em pouco mais de 17%, com o número de cada tipo de navio na categoria caindo, às vezes por um montante significativo. Se a Lei Jones se destina a manter a saúde do setor de construção naval comercial enquanto a frota mercante norte-americana vem encolhendo demonstra-se que nos dias atuais pode haver falha nesse sistema, no entanto, as ideias de Mahan, também, se destinam a proteger a defesa nacional através do desenvolvimento e manutenção de uma força marítima mercante com respaldo num enorme e imbatível poder naval (frota bélica). O que mantém uma ideia de protecionismo associada à estratégia nacional de defesa.

No entanto, o governo dos EUA pode adotar outras ferramentas para assegurar uma frota privada de navios mercantes suficientes e aptos a atender o mercado interno, sem a Lei Jones. Mas, os defensores da Lei Jones devem explicar por que os objetivos de segurança nacional não poderiam ser alcançados por outros meios. Devido a isso, todos os bens transportados por água entre os portos dos EUA devem ser enviados em navios de bandeira nacional que foram lá construídos e são de propriedade exclusiva de norte-americanos e tripulados por cidadãos norte-americanos ou residentes permanentes.

De acordo com a Maritime Cabotage Task Force (2010, p. 9), as leis de cabotagem dos EUA impõem muitos impactos na geopolítica, os mais importantes observados, são: 1. Competição limitada e, como resultado, maiores taxas de frete e outros custos; 2. Falta de incentivos para investimento de capital e uso de tecnologia avançada; 3. Regras de trabalho

e serviço restritivas; 4. Serviço insatisfatório por falta de concorrência e restrições governamentais; 5. Regulamentos governamentais custosos e restritivos; 6. Construção de embarcações – venda - restrições de compra; 7. Restrições de propriedade e financiamento a 75% dos proprietários e investidores dos EUA; 8. Restringir a tripulação aos cidadãos dos EUA; 9. Restrições na cadeia de fornecimento (Supply) para fontes dos EUA.

A nova estratégia marítima do EUA, intitulada uma estratégia marítima cooperativa para o século XXI, destina-se a reconhecer as mudanças e os desafios da globalização nos bens comuns marítimos.

O grande facilitador da globalização é, naturalmente, o transporte comercial. O crescimento progressivo do comércio marítimo ao longo dos séculos produziu um sistema internacional de comércio, que foi evidenciado por Mahan, na forma de um sistema articulado, não só de tamanho e atividade prodigiosa, mas de uma sensibilidade econômica excessiva, inigualável em épocas anteriores.

Do ponto de vista mundial, o comércio interno costeiro de muitos Estados é protegido por leis que restringem o acesso a esse comércio para o transporte nacional. Em alguns casos, a restrição é ainda mais rígida quando o comércio é reservado a apenas certos segmentos de navegação nacional. Em muitos países, incluindo os EUA, por exemplo, a navegação nacional contida no comércio internacional pode não se comprometer indistintamente no comércio interno, como o tráfego costeiro.

O transporte doméstico oferece muitas vantagens econômicas, como a falta de concorrência estrangeira, requer investimentos comparativamente pequenos, usa tecnologia em grande parte de baixo porte e fornece capacidade flexível de transporte e distribuição.

Na Austrália, esse tipo de legislação entrou em discussão, trazendo ao debate a desregulamentação do transporte marítimo, numa tentativa de reduzir os custos para as empresas, encontrou uma forte oposição da indústria e dos órgãos políticos, o movimento insiste que a nova lei traria benefícios econômicos ilimitados para a Austrália, os opositores temem que ele possa significar o desaparecimento da indústria marítima do país. A reforma, conhecida como Lei Sobre a Legislação de Navegação, foi apresentada e lida pela primeira vez em 25 de junho de 2015.



O objetivo principal da reforma seria o de simplificar drasticamente o sistema de licenciamento restritivo, efetivamente, concedendo aos navios estrangeiros acesso sem precedentes ao mercado de frete marítimo da Austrália, essa mudança traria custos de frete mais acessíveis para empresas e maior escolha entre companhias de navegação, ao mesmo tempo elevando os investimentos para o setor nacional de navegação.

O Brasil, no seu começo como uma mera colônia de exploração de Portugal, esteve imerso num grande e histórico empreendimento naval, uma das maiores realizações da humanidade, e com a vinda da família real para o Brasil, no ano de 1808, aparece à necessidade de regulamentação do mercado, com forte influência do direito comercial português, que começou a ser vigente no território brasileiro, conseqüentemente, com a força do transporte marítimo de commodities, as estruturas iniciais deram lugar a um direito administrativo marítimo brasileiro, que seguiu em parte o modelo português, adaptando-se as características próprias do seu território e costumes.

O traço mais importante do modelo português, que o difere do modelo estadunidense, é a Marinha Guerra, na pessoa de seu Comandante, como titular da Autoridade Marítima, no modelo adotado nos EUA reconhece-se a autonomia da Guarda Costeira para exercer a Autoridade Marítima, separando-a da frota naval bélica. É o resultado da aplicação prática da teoria de Mahan nos EUA, que não ocorreu nem em Portugal nem no Brasil, nos EUA resultou numa corrida armamentista que fomentou por indução econômica a indústria naval norte-americana protegida por leis de mercado até hoje. Já o protecionismo no Brasil não contribuiu em nada para aumentar a Marinha Mercante brasileira.

No Brasil, tudo parece muito estranho, sendo um fato óbvio e inquestionável, a existência de forte potencial brasileiro para a navegação de cabotagem mista, talvez, estando entre os melhores do mundo. Por meio de sua costa de mais de 7.400 quilômetros, além das vias interiores navegáveis, a Zona Costeira (ZC) e o Mar Territorial banham os municípios costeiros, que estão em 17 estados-membros da federação, e aqueles localizados nas regiões metropolitanas próximas do litoral, principalmente, as cidades que apresentam o processo de conurbação. O sistema brasileiro para permitir a exploração do transporte aquaviário foi se adaptando às práticas políticas mais desorientadas e desorganizadas já conhecidas na história, no passado, foi a Lei Complementar nº 69/91, já revogada, que dispunha sobre as

normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, com atribuições subsidiárias particulares que cabem à Marinha do Brasil em relação ao desenvolvimento econômico. Pouco mudou a vigente Lei Complementar nº 97/99, cabendo a Marinha do Brasil orientar e controlar a Marinha Mercante e suas atividades correlatas, no que interessa à defesa nacional, prover a segurança da navegação aquaviária e contribuir para a formulação e condução de políticas nacionais que digam respeito ao mar.

Na reforma do Estado brasileiro na década de 90, no século XX, a Marinha do Brasil perdeu em parte a sua hegemonia nas decisões envolvendo a parte econômica, que era quase total e exclusiva sua até então, com a criação da ANTAQ. Essa mistura de modelos, o de agências controladoras com o convencional não foi suficiente para dar impulso à navegação de cabotagem, nem para cargas, muito menos para passageiros. Para agravar a situação o Brasil passa a ter outra autoridade no setor, além das duas acima, a Autoridade Portuária que, por sua vez, possui diferentes atribuições e competências.

De acordo com a estrutura jurídica brasileira, existe uma Secretaria Nacional de Portos, que exerce a Autoridade Portuária, uma entidade gestora das operações do porto organizado. Este, por sua vez, é um porto que tem sua organização voltada ao atendimento das necessidades de navegação, transporte e armazenamento de cargas, podendo ser concedido ou explorado pela União, conforme determina a Lei nº 12.815/13, pré-qualificando os operadores portuários, fixando os valores e arrecadando a tarifa portuária, fiscalizando a execução ou executando as obras de construção, as reformas, as ampliações, dragagem, melhoramento e conservação das instalações portuárias, e estabelecendo o horário de funcionamento do porto, bem como o emprego de mão de obra especializada e controlada por outra entidade, o Órgão Gestor de Mão de Obra Portuária, sistema de relação de trabalho especial, o que eram os antigos sindicatos de estivadores.

Para acentuar os equívocos, ainda são vigentes as normas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por exemplo, o seu artigo 368, que determina que o comando de navio mercante nacional só poderá ser exercido por brasileiro nato. A norma jurídica aqui comentada traz uma condição para ser comandante, que é relacionada à nacionalidade, uma exigência de ser brasileiro nato, portanto, excluindo-se a possibilidade de estrangeiros e naturalizados terem o cargo de comandante de embarcação brasileira mercante. Não se sabe

com certeza a intenção principal do legislador na sua época, pode ter tido motivação na estratégia nacional de defesa ou na economia laboral de criar uma reserva de mercado para brasileiros natos aptos a comandar navios mercantes brasileiros. Além do já mencionado artigo 368, da CLT, em relação ao emprego de mão de obra celetista, o artigo 369, da CLT, obriga que a tripulação de navio ou embarcação nacional será constituída, pelo menos, de 2/3 (dois terços) de brasileiros natos. Considerando que o artigo 4º, da Lei nº 9.432/97, incluiu a condição de ser brasileiro nato também para o chefe de máquinas nas embarcações de bandeira brasileira, além do comandante, significa que para os demais cargos a bordo do navio mercante podem ocupá-los brasileiros naturalizados e estrangeiros, quanto aos estrangeiros não podem ultrapassar o limite de um terço da tripulação.

Da mesma forma, aplica-se a norma celetista aos práticos, definindo-se a praticagem como sendo um serviço de assessoria aos comandantes dos navios para navegação em águas restritas, que dificultam a livre e segura navegação. O prático é o aquaviário, devidamente habilitado, que são formados a partir de processos seletivos públicos organizados e fiscalizados pela Marinha do Brasil, ele é um profissional especializado que possui conhecimentos técnicos e experiência de condução e manobra de navios, bem como das particularidades locais, correntes e ventos locais, marés, limitações dos pontos de acostagem e os perigos submersos.

Somando-se a tudo isso, outra característica protecionista brasileira é o monopólio do ensino profissional marítimo dado à Marinha do Brasil, nos termos da Lei nº 11.279/06 e Lei nº 7.573/86, regulamentada pelo Decreto nº 94.536/87. Para complicar, ainda mais, o Estado brasileiro não tem um sistema de transporte integrado com as Autoridades Aduaneira, Sanitária, de Saúde e de Polícia Marítima, para garantirem o funcionamento do porto fiscalizado no cumprimento de seus deveres em tempo adequado aos padrões internacionais de prestação de serviços portuários necessários.

De acordo com a percepção socioeconômica, que são notórias, constata-se que a maioria dos brasileiros está residindo no litoral, em capitais litorâneas ou em cidades portuárias, para as quais seria um grande avanço terem uma ligação através da navegação de cabotagem, mas, na realidade, não é isso o que acontece, é inegável que a exploração aquaviária em geral e especialmente a cabotagem para passageiros possui importância

logística traduzida em melhora de índices de qualidade da vida humana, estando entre as diretrizes de políticas públicas a serem desenvolvidas para transformar os recursos em riquezas, através da promoção da mentalidade marítima de uma Nação.

## **5. A ANTAQ ADMITE O DESINTERESSE SOCIOECONÔMICO NA CABOTAGEM PARA PASSAGEIROS**

No Brasil, sobre o transporte de pessoas na cabotagem, não chegou à ANTAQ nas últimas décadas nenhuma iniciativa de armadores para implantação ou, pelo menos, lhe tenha sido enviada uma proposta de negócio jurídico sustentável na navegação de cabotagem para passageiros por proprietários de navios.

A ANTAQ trabalha mediante processos administrativos complexos, que levam a criação e o funcionamento das empresas de navegação, fato que, gradualmente, gera uma cultura de aceitação da intervenção estatal no mercado neoliberal pós-globalizado. Com funções e atribuições de sua competência, típicas de agência reguladora de atividade econômica, expedindo-se e se fazendo cumprir medidas jurídicas diversas, atos administrativos, que visam à proteção do mercado de transporte aquaviário, dando-lhe a devida legalidade e publicidade, com tomada de decisões visando equilibrar o mercado e manter os princípios da livre concorrência.

Duas competências se destacam: a outorga de concessão ou autorização e o poder de fiscalização. Tendo, também, as funções normativas, de consultoria, de garantia de livre concorrência para iniciativa privada e pública constituírem empresas de navegação.

No que se refere à modalidade de transporte de cabotagem para passageiros, cumpre dizer, que a Resolução da ANTAQ nº 1.886/2010 arquivou a proposta de norma para disciplinar a outorga de autorização, para prestação deste serviço na navegação de cabotagem, lê-se no seu Art. 1º:

Determinar o arquivamento da proposta de norma para disciplinar a outorga de autorização para prestação de serviço de transporte de passageiros nas navegações de longo curso e cabotagem em decorrência da inexistência de demanda, devendo a Superintendência de Navegação Marítima e de Apoio manter o acompanhamento da evolução do mercado de transportes de passageiros por via marítima, de modo a orientar a eventual retomada do processo de aprovação da Norma pela Diretoria Colegiada (BRASIL - ANTAQ, 2010).

A decisão normativa foi ratificada e esclarecida através da ANTAQ, nos seguintes termos da Consulta Pública ESIC-000151-2015-ANTAQ, mediante o portal E-sic do Governo Federal, registrada no documento OUTR-000006- 2015-GRM, verbis:

Conforme foi explicitado na resposta ao ESIC-000097-2015-ANTAQ, demandado por Vossa própria Senhoria, existe viabilidade jurídica para implementar a modalidade de transporte em questão. Entretanto, não verificamos atualmente demanda, nem viabilidade econômica para o transporte regular de passageiros na cabotagem, entre diferentes Estados da Federação, ou no longo curso. A leitura do Art. 1 da Resolução nº 1.886-ANTAQ é clara e objetiva no sentido de que apenas se determinou o arquivamento de uma proposta de norma em decorrência de inexistência de demanda por tais outorgas, proposta essa que deverá ser retomada caso se constate o surgimento dessa demanda no mercado:

[...] Caso alguma empresa manifeste formalmente seu interesse de explorar a modalidade de transporte em questão, encaminhando dados sobre a região geográfica ou sobre rotas onde pretende atuar, estimativas de movimentação de pessoas, frequência de viagens e outros dados que julgar convenientes, ou a ANTAQ identifique a necessidade de normativo sobre o assunto, a proposta de norma será desarquivada e prosseguirá o procedimento padrão com vistas a promulgar normativo sobre a questão (BRASIL - ANTAQ, 2015).

Demonstra-se a existência de amparo legal ao transporte aquaviário de cabotagem mista para passageiros e cargas, como uma hipótese sendo confirmada, viável dentro do conjunto de normas da CRFB e da ANTAQ, igualmente, se conclui pela viabilidade jurídica dos portos e das cidades recepcionarem este tipo de serviço, assim como demonstra Marques (2015, p. 41) em seu estudo, que há viabilidade jurídica do transporte aquaviário de passageiros e cargas leves na navegação de cabotagem brasileira, portanto, há plena condição legal que permite a modalidade na navegação de cabotagem utilizando-se de navio do tipo Ro-Pax, somente não há nenhum indício de interesse de agentes do mercado marítimo para iniciar um estudo deste modal de transporte, nem a Resolução Normativa nº 5/2016 da ANTAQ tratou do assunto de passageiros e cargas na cabotagem mista.

A reduzida frota mercante de navios brasileiros e a inexpressiva produção dos estaleiros pátrios fazem-se reduzir o Poder Marítimo brasileiro, trazendo uma solução paliativa ao mercado brasileiro uma quantidade de navios estrangeiros, que operam mediante permissão do Poder Público de ostentar a bandeira brasileira. Não foi suficiente a Lei nº 9.432/97 reformular o regime jurídico para a navegação nacional, adotando está prática comercial, em oposição ao que era vigente em 1939. Em especial, a lei criou o Registro Especial Brasileiro (REB), onde são registradas as embarcações brasileiras e, também, as

embarcações operadas por Empresas Brasileiras de Navegação (EBN). Este último aspecto permite uma discussão sobre a aplicação desta Seção V, da CLT, para navios estrangeiros engajados na EBN, ostentando o pavilhão brasileiro.

A suspensão provisória de bandeira é o ato pelo qual o proprietário da embarcação suspende temporariamente o uso da bandeira de origem, a fim de que a embarcação seja inscrita em registro de outro país. Terão o direito de arvorar a bandeira brasileira as embarcações sob contrato de afretamento a casco nu, por empresa brasileira de navegação, que fica condicionado à suspensão provisória de bandeira no país de origem (MARTINS, 2011, s.p.).

O afretamento a casco nu é o contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação. Contudo, o artigo 4º, da Lei nº 9.432/97, estabelece que nas embarcações de bandeira brasileira sejam necessariamente brasileiros o comandante, o chefe de máquinas e dois terços da tripulação.

O diagnóstico não é nada promissor para a Marinha Mercante brasileira, o que dificulta a vida do povo brasileiro em relação à já anunciada e notória adoção de locomoção de pessoas por estradas de rodagem de veículos automotores, a quantidade de acidentes rodoviários causa mortes e lesões em pessoas, enquanto, o mar e os portos ficam paralisados num sistema que demonstra estar cada vez mais arcaico, causando problemas entre os próprios órgãos públicos responsáveis pelo transporte aquaviário, sem dizer que o atraso brasileiro em infraestrutura portuária e indústria naval para ser recuperado dependem de uma série de licenças vigentes em normas ambientais rigorosas, com razão de ser, óbvio, mas, que, também, os seus órgãos estão incluídos na lista de feudos políticos, municipais, estaduais e federais, cujas autorizações e licenças são determinantes para ativação de empreendimentos, porém, contam com pouca colaboração entre si e muitas vezes conflitam no Poder Judiciário, devido às controvérsias em interpretações legais e com interesses políticos locais versus os nacionais.

## **6. AUSÊNCIA DA CABOTAGEM PARA PESSOAS NO PROJETO DE LEI “BR DO MAR”**

A BR do Mar é um Projeto de Lei de iniciativa do Presidente da República que institui o Programa de Estímulo ao Transporte de Cabotagem, e altera a Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, a Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004, a Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, e a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, com o objetivo de incrementar a oferta e a qualidade do transporte por cabotagem no país, aumentar a competitividade das empresas brasileiras de navegação, reduzir o custo logístico para o usuário do serviço e estimular o desenvolvimento da indústria naval nacional para a construção, jumborização, conversão, modernização, docagem e reparação embarcações de cabotagem e para a criação de dois cargos de diretores ao quadro da ANTAQ e para a modificação das competências e estrutura do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

O projeto que está sendo polêmico desde que foi apresentado oficialmente, demonstra grande interesse em tirar a exclusividade do transporte de cargas que em sua grande maioria é realizado por via terrestre e modificar instrumentos normativos que se refere à participação de embarcações estrangeiras no transporte de cargas pela cabotagem brasileira. A principal novidade trazida pela proposta é a autorização para uso de embarcações estrangeiras por empresas de navegação que atuam no Brasil, em que poderá ocorrer o uso de navios estrangeiros entre portos brasileiros, mesmo que as embarcações tenham sido construídas fora do país. Cabe ressaltar que os olhares de grandes grupos estrangeiros sempre tiveram voltados aos portos brasileiros, mas se intensificou após a greve dos caminhoneiros, que ocorreu em 2018.

A BR do Mar pretende assegurar maior disponibilidade de navios na costa brasileira para atender a demanda nacional, e promover maior oferta de trabalho para os marítimos brasileiros. Mesmo o PL expondo que o incremento do transporte de cargas por cabotagem para longas distâncias não se distancia do anseio dos transportadores rodoviários, e sim, alinha-se à demanda desses transportadores, o projeto não foi bem aceito pela classe, que faz resistência a justificativa apresentada de que, a BR do Mar, quando implantada proporcionará aos transportadores rodoviários atender transporte de curtas distâncias, cujo frete é mais atrativo, ao qual proporcionará melhores condições de trabalho e qualidade de vida aos motoristas.

A resistência se consolida com a alegação de monopólio, reserva de mercado e desonestidade de concorrência, falta de estudo de impacto social e que os estrangeiros passarão a ser tratados como nacionais, o que vai de contramão à definição de Cabotagem. O debate se estende para a capacidade de sobrecarga da infraestrutura dos portos e da burocracia brasileira.

O projeto iniciou em 2018 e foi apresentado em 13 de agosto de 2020 pelo poder Executivo e no mesmo dia houve solicitação de urgência. O projeto, conforme Art. 64 §2 da CF88, obteve um prazo de 45 dias para apreciação na Câmara dos Deputados, e em setembro do mesmo ano foi determinada a criação de Comissão Especial para analisar a matéria, pelas Comissões de Minas e Energia; Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços; Trabalho, de Administração e Serviço Público; Viação e Transportes; Finanças e Tributação e Constituição e Justiça e de Cidadania.

O PL sofreu muitos pedidos para retirada de urgência e de pauta pela oposição, e análise de emendas. E em 08 de dezembro a matéria foi ao Senado Federal como PL nº 4.199-B/2020, e desde então o PL segue parado, sem atualizações na página oficial da Câmara. Porém, em abril de 2021, a pedido do Governo Federal, o PL não deverá mais tramitar em regime de urgência no Senado Federal. O motivo divulgado é que neste regime a matéria passaria a trancar a pauta deliberativa e o relator da proposta, senador Nelsinho Trad (PSD-MS), no entanto, ainda precisa de mais tempo para negociar os termos do parecer final.

Segundo o meio oficial de informação do Senado Federal (2020), a proposta recebeu duas emendas significativas. Uma emenda é de autoria da deputada Carla Dickson (Pros-RN), que atribuiu ao Ministério da Infraestrutura a definição das cláusulas essenciais dos contratos de transporte de longo prazo e a tonelagem máxima que poderá ser afretada em relação às embarcações operantes com bandeira brasileira. A outra emenda é de autoria do deputado Sérgio Souza (MDB-PR), que possui finalidade de direcionar 10% dos recursos do FMM ao financiamento total de projetos de dragagem de portos, hidrovias e canais de navegação apresentados por arrendatários e operadores de terminais de uso privado a fim de manter a profundidade da área fixada no edital de concessão.



Dentre seu objetivo, o PL ignora que a população brasileira necessita de melhor logística de transporte e oferta multimodal, e não menciona sobre esse assunto no Projeto de Lei, mesmo havendo viabilidade jurídica e a atualização da EC 90 desde 2015, consolidando o transporte como um direito social. Sugere-se então, uma apresentação das vantagens e das desvantagens, deste modal de transporte, para analisar o seu potencial para impulsionar a competitividade logística no Brasil e conseqüentemente o transporte de cabotagem de pessoas.

Assim sendo, são consideradas vantagens: a) o deslocamento de cargas de maior tamanho (veículos sobre rodas embarcados, também, levam suas cargas); b) o transporte de passageiros em maior quantidade com custos menores em comparação com o transporte aéreo ou terrestre para as rotas entre os portos nacionais; c) o custo de frete menor; d) contribuição para diminuição da dependência quase que exclusiva das rodovias para o deslocamento interno; e) diminuição da emissão de poluentes no meio ambiente; f) diminuição de congestionamentos e acidentes nas estradas.

Dentre as desvantagens, segundo análise contida no relatório do TCU (TC 023.297/2018-2), verificou-se que a elevada burocracia; a alta carga tributária; os custos demasiados em relação ao transporte marítimo internacional; a necessidade de desenvolvimento da oferta e regularidade das rotas de cabotagem; a vinculação das políticas de navegação de cabotagem e da indústria de construção naval; a existência de barreiras para o desenvolvimento das empresas brasileiras de navegação e para novos entrantes; e a previsibilidade regulatória para a realização dos investimentos privados de longo prazo, são os principais obstáculos para o desenvolvimento da cabotagem nacional, ao qual a BR do Mar pretende trazer “soluções”.

Pela observação dos fundamentos analisados, há viabilidade jurídica para exploração do modelo de transporte proposto, com a atribuição do processo de outorga a cargo da ANTAQ. Contudo, o setor ainda carece de maior regulamentação por parte deste órgão, o que, nos termos da Resolução n. 1.886, de 8 de dezembro de 2010 da ANTAQ aguarda o impulso por parte do mercado neste sentido, pois também exige padrões técnicos próprios desde operacionais, de gestão, segurança, prevenção de acidentes e danos ambientais (MARQUES, 2015, p. 59).

Entende-se que, a BR do MAR não vai além das questões abrangentes de aspectos do desenvolvimento socioeconômico no transporte de carga, pelas quais se observa o longo período de estagnação do desenvolvimento deste estratégico setor econômico do transporte, e não avança para o transporte de pessoas na cabotagem, que além da superior eficiência energética e para atender à concentração populacional no litoral brasileiro, tem-se por necessário a existência de um respaldo político estratégico para a mentalidade marítima, para atrair investimentos, podendo assim, atender a necessidade de melhoria de transporte para os brasileiros.

## **7. CONCLUSÃO**

A EC nº 90, que deu nova redação ao art. 6º da CRFB, introduziu o transporte como direito social. Dessa forma, o transporte passa a integrar o rol dos direitos fundamentais, junto com educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Com isso, passam a poder ser exigidos do Estado.

A conclusão precípua deste esforço investigativo é o transporte como direito social e a repercussão dessa mudança constitucional na perspectiva de oferta da navegação de cabotagem para passageiros, como um fator de geração de trabalho e de renda e livre circulação de pessoas com mais dignidade. As teorias sobre a efetividade de direitos ganham relevância com a alteração constitucional. Passando o transporte à categoria de direito social, deve ser eficazmente garantido pelo Estado brasileiro. A alteração da CRFB leva em consideração que o Estado deva assegurar o exercício eficaz dos direitos sociais, sendo que na falta de transporte não haveria como tornar eficaz os demais direitos necessários à cidadania.

A razão para incluir o transporte no rol desses direitos fundamentais é a atual falta de dignidade dada ao povo no transporte brasileiro, pois os modais existentes estão lotados, irregulares, desconfortáveis, perigosos e caros. A mudança constitucional pode ser explicada como sendo mais um item integrante desta tarefa de escrever sobre um conjunto de normas garantidoras do exercício da vida social dos cidadãos brasileiros, que deve incluir, a partir da promulgação do novo texto constitucional, o transporte, para o qual somente um exercício

ativo da cidadania levará à cobrança dos setores do Governo responsáveis, para que seja dada a dignidade merecida aos cidadãos usuários dos transportes no Brasil.

Vale lembrar que, pelas notícias das péssimas condições das rodovias, que a sociedade brasileira almeje por uma melhora, em curto prazo, da oferta de outros modais de transportes, que devem ser feitos com qualidade e eficiência. Para além do modal rodoviário, deve-se pensar e executar políticas públicas, para exploração de todos os modais de transportes, sendo na integração multimodal que reside esperança de se tornar melhor a meta executável no setor de transporte brasileiro, para atingir o objetivo constitucional do transporte como direito social, inaugurando-se uma possibilidade de mudança cultural, a partir da inclusão do transporte como garantia constitucional, para que haja a possibilidade da sua utilização como meio fundamental para a melhora do índice brasileiro de desenvolvimento humano, trazendo para outras maneiras de se locomover pelo território nacional, que não seja a rodoviária e a aeroviária, que são os modais de transportes que têm tido preferência pelos Governos brasileiros, é um fato político, cuja consequência é uma limitação inaceitável de dois modais monopolistas que estão dominando o mercado brasileiro da oferta de transportes.

Para dar eficácia ao novo direito social, o transporte, agora com tratamento constitucional, tudo o que está descrito deverá ser debatido e revisado, urgentemente, caso contrário, o século XXI não proporcionará a livre circulação de pessoas em território brasileiro, seja aquaviário ou terrestre e mais uma norma constitucional será apenas um lembrete e não um verdadeiro direito social. O problema autêntico do Brasil é a ausência e/ou insignificância da utilização do navio Ro-Pax, que navega na cabotagem mista, a falta do transporte aquaviário misto de passageiros e cargas na cabotagem feita com este navio especializado, para se chegar às possíveis soluções do problema, o estudo procura afirmar a hipótese jurídica da legalidade deste empreendimento, com o objetivo de esclarecê-lo.

Para começar a resolver essa equação sociojurídica, identifica-se uma mudança econômica com a promulgação da EC nº 7/95, que deu nova redação ao artigo 178 da CRFB, que é a permissão do emprego de embarcação estrangeira na cabotagem brasileira. A Lei nº 9.432/97 regulamenta a aplicação da norma constitucional, dispondo no seu artigo 7º sobre as condições que permitem a abertura do mercado às embarcações estrangeiras. Um

importante requisito é que os navios estrangeiros sejam afretados por EBN (Art. 7º, da Lei nº 9.432/97). Esta lei dispõe sobre direitos, processo e procedimento para o afretamento de embarcação na cabotagem.

Diante da permissão constitucional, há duas soluções para operar com navio Ro-Pax no Brasil. A primeira, para um projeto de curto prazo, envolvendo embarcações estrangeiras, o artigo 178 da CRFB e a EBN, na modalidade de afretamento. A segunda, para uma solução de longo prazo, que deve ser consubstanciada no artigo 173 da CRFB e no Decreto nº 6.703/08 – Estratégia Nacional de Defesa (END), implicando na criação de duas empresas públicas, uma de navegação e outra de construção de navios, permitindo tanto o afretamento quanto a construção naval no país.

Sobre a criação de uma empresa pública para operar na cabotagem, como aqui ela é proposta, nada há que a proíba, porque há mais de um século não se está desenvolvendo o país para navegação, sendo uma boa ideia. Mas, não será fácil convencer a sociedade ou o governo de que esta é uma questão que envolve a estatização, mas, juridicamente é, com certeza, uma prioridade de END, pois se tratam dos conceitos de Poder Marítimo e de Poder Naval, descritos no Livro Branco da Defesa Nacional.

É visível o atraso do setor naval brasileiro, nos dois aspectos apresentados por Sousa (2015), tanto do Poder Naval, quanto do Poder Marítimo, há um prejuízo enorme, o qual retrata uma anomalia política, o transporte não adequadamente dimensionado ao tamanho do território marítimo brasileiro, afinal, a existência de uma Marinha Mercante pujante significaria mais divisas para o país. Na realidade brasileira atual, ocorre o inverso, portanto, se tem mais dependência, porque se recorre à frota mercante estrangeira para navegação de longo curso e de cabotagem, e isso é devido aos costumes administrativos frutos de uma fraca experiência em lidar com a separação entre as esferas públicas e privadas da economia, encarecem os preços de importação e exportação, cujos resultados são produtos mais caros, monopólios e oligopólios, gerando um mecanismo de déficit que agrava a inflação.

A criação de empresas públicas, embora polêmica, não está descartada, porque se trata da aplicação de uma norma constitucional, o artigo 173, combinado com o artigo 6º, da CRFB, a END e o Livro Branco de Defesa Nacional, conseqüentemente, isso requer uma

política diferenciada e eficaz para a indústria naval, para a infraestrutura portuária e para as cidades portuárias.

Não se deve subestimar a força da mudança constitucional no seu rol de direitos sociais, que inclui agora a garantia de transporte digno, podendo-se trazer, no futuro, uma nova cidadania se expressando pela alteração da política de transportes, de agora em diante, os órgãos públicos de defesa dos direitos, ministério público e defensoria pública, poderão atuar para mudar o quadro do transporte nacional.

O Brasil criou um tipo de registro aberto, dentro de padrões dos Segundos Registros, aqui denominado REB. Ele é fundado na hipótese de embarcações estrangeiras adotarem a bandeira brasileira, conforme dispõe a Lei nº 9.432/97, no seu artigo 3º, que sob contrato de afretamento a casco nu, por empresa brasileira de navegação, há condicionamento de suspensão provisória de bandeira no país de origem. De acordo com a legislação vigente, é possível, através do REB, da EBN e do contrato de afretamento, pensar na hipótese de um navio Ro-Pax prestando seus serviços no Brasil, até mesmo, por um longo período de tempo. Do ponto de vista do navio, do proprietário e do armador, são duas exigências, decorrentes da Resolução Normativa nº 5/2016, para operar na cabotagem, uma embarcação nacionalizada pelo registro brasileiro e a EBN.

Enquanto se aguardam as políticas públicas criadoras de leis, que tragam os verdadeiros incentivos fiscais e trabalhistas, que serão capazes de fortalecer os estaleiros brasileiros e, igualmente, dar um tempo para se criarem leis que permitam a desoneração dos impostos sobre a aquisição de um Ro-Pax estrangeiro, que já estaria pronto e a disposição para uso, tudo isso deve ser feito com menos burocracia para a sua nacionalização, como a troca de bandeira ou, até, pela criação de empresas públicas para servir ao setor de contrato de afretamento.

Demonstra-se a existência de amparo legal ao transporte aquaviário de cabotagem mista para passageiros e cargas, como uma hipótese sendo confirmada, viável dentro do conjunto de normas brasileiras já disponíveis, igualmente, se conclui pela viabilidade jurídica dos portos e das cidades recepcionarem este tipo de serviço, portanto, há plena condição legal que permite a modalidade de transporte na navegação de cabotagem

utilizando-se do Ro-Pax. Este navio consegue fazer com eficiência o transporte deste tipo especial de carga mista, concomitantemente, dando conforto aos passageiros e segurança durante a viagem, no embarque e no desembarque.

Observado que não há nenhum indício de interesse de agentes do mercado marítimo para uma iniciativa de estudar melhor este modal de transporte, outra crítica se resume na inadmissibilidade da perpetuação de falta de demanda de EBN, de armadores ou de proprietários de navios, bem como dos estaleiros, porque o comando constitucional deve prevalecer, para ser garantido o transporte digno, com a adoção deste tipo de modal de transporte de cabotagem para atender à população.

Não parece ser a BR do Mar uma solução, o país precisa de uma legislação que contemple a cabotagem para passageiros também. A Marinha Mercante brasileira precisa ser independente e para isso é necessário aumentar o Poder Naval, dando mais orçamento para a MB, e como consequência haverá o estímulo a indústria naval nacional para produzir navios brasileiros e aceitar encomendas de estrangeiros. Atualmente apenas temos uma legislação protecionista e monopolista e isso não resolve, apenas, atrasa o desenvolvimento.

Para suprir este inercial desinteresse econômico comprovado, devem ser repensadas as medidas legais aplicáveis e as ações governamentais de incentivo real para iniciativa privada nacional ou estrangeira, ou, se for extremamente necessário o empreendimento poderá ser feito pelo próprio Estado, através da criação de empresas públicas, seja no modelo público ou no privado, tudo está na Constituição da República, sistematizado para ajudar a destravar a Marinha Mercante brasileira.

## **8. REFERÊNCIAS**

AGÊNCIA SENADO. **Senado vai analisar BR do Mar, projeto que estimula navegação de cabotagem**. 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/12/09/senado-vai-analisar-br-do-mar-projeto-que-estimula-navegacao-de-cabotagem>>. Acesso em: mai. 2021.

BRASIL. (ANTAQ). **Consulta pública: ESIC-000151-2015-ANTAQ**. Documento nº OUTR-000006-2015-GRM, 2015.

BRASIL. (ANTAQ). **Resolução normativa nº 5 de 23 de fevereiro de 2016**. Brasília: ANTAQ, 2016. Disponível em: <[http://antag.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/Resolucoes\\_Normativas/20160223\\_Resolucao\\_Normativa\\_005\\_2016.pdf](http://antag.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/Resolucoes_Normativas/20160223_Resolucao_Normativa_005_2016.pdf)>. Acesso em: mar. 2016.

BRASIL. (ANTAQ). **Resolução nº 1.886, de 8 de dezembro de 2010**. Brasília: ANTAQ, 2010. Disponível em: <<http://antag.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000003353.pdf>>. Acesso em: mar. 2016.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho (CLT) (1943)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/19276/1943\\_dec\\_lei05452\\_clt.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/19276/1943_dec_lei05452_clt.pdf?sequence=4&isAllowed=y)>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015**. Diário Oficial União, Brasília, DF, 16 set. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc90.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc90.htm)>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6703.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6703.htm)>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 94.536, de 29 de junho de 1987**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 1987. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/D94536.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D94536.htm)>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 69, de 23 de julho de 1991**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jul. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp69.htm)>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jun. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp97.htm#art23](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp97.htm#art23)>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.432, de 08 de janeiro de 1997**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 jan. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9432.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9432.htm)>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 jun. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm)>. Acesso em: mar. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.199 de 2020.** Institui o Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem - BR do Mar e altera a Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, a Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004. Congresso Nacional. Brasília/DF. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0cy8slmbtp03sj4zw6r7egkln5229507.node0?codteor=1922656&filename=PL+4199/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0cy8slmbtp03sj4zw6r7egkln5229507.node0?codteor=1922656&filename=PL+4199/2020)>. Acesso em: maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de auditoria operacional: cabotagem. TC 023.297/2018-2.** Apenso: TC 003.329/2019-4. Acórdão n. 1383/2019. Relator Min. Bruno Dantas. Julg.12/06/19. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Acesso em: jun 2021.

EUA. Merchant Marine Act, de 05 de junho de 1920. **Prevê a manutenção e promoção da Marinha Mercante Americana.** Disponível em: <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/uscode/uscode1958-00904/uscode1958-009046024/uscode1958-009046024.pdf>>. Acesso em: ago. 2017.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Atlas geográfico das zonas costeiras e oceânicas do Brasil. IBGE, Diretoria de Geociências.** - Rio de Janeiro: IBGE, 2011, 176 p. Convênio: IBGE e a Comissão Interministerial para Recursos do Mar. ISBN 978-85-240-4219-5.

MACGREGOR. **Ro-Pax vessels.** [S. D.]. Disponível em: <<https://www.macgregor.com/Products-solutions/merchant-cargo-and-passengers/ropax-ferries/>>. Acesso em: jul. 2018.

MAHAN, Alfred Thayer. **The influence of sea power upon history 1660-1783.** Boston: Little, Brown and Company, 1890. E-book. Disponível em: <<http://archive.org/details/seanpowerinf00maha>>. Acesso em: jul. 2018.

MARITIME CABOTAGE TASK FORCE. **Jones Act Fleet: A Carrier's Perspective, National Defense University, Industry Study Program,** 2010. Disponível em: <<https://www.itfglobal.org/media/1152803/13enmstoolkitsuppdcmua-itf-cabotage-paper-october-v3-2009.pdf>>. Acesso em: ago. 2019.

MARQUES, Igor. **Viabilidade jurídica do transporte aquaviário de passageiros e cargas leves na navegação de cabotagem brasileira.** 2015. 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.



MARTINS, Eliane M. **O. Direito marítimo: nacionalidade, bandeira e registro de navios.** *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 85, fev. 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-85/direito-maritimo-nacionalidade-bandeira-e-registro-de-navios/>>. Acesso em: mar. 2018.

SOUSA. Gustavo José Baracho de. **O poder naval brasileiro: tributo à política de defesa do Brasil.** *Revista de Geopolítica*, Natal, v. 6, n° 2, p. 18-36, jul./dez. 2015.

WEVER. Mark Willian, LCDR. **The influence of captain Alfred Tayer Mahan upon the United States navy through the United States Naval Institute's proceedings. 2013.** 115 f. Tese. História Militar. B.S., University of Minnesota, St. Paul, Minnesota, 2013. Disponível em: <<https://apps.dtic.mil/sti/citations/ADA591136>>. Acesso em: jul. 2018.

*Data da submissão: 13/12/2021*

*Data da primeira avaliação: 16/12/2021*

*Data da segunda avaliação: 25/05/2022*

*Data da aprovação: 12/12/2022*

**DIE ZWEI-SEITEN-LEHRE UND DIE NORMATIVE KRAFT DES FAKTISCHEN  
IN DER ALLGEMEINE STAATSLEHRE VON GEORG JELLINEK**

*A DOCTRINA DAS “DUAS FACES” DO ESTADO E A FORÇA NORMATIVA DOS  
FATOS NA TEORIA GERAL DO ESTADO DE GEORG JELINNEK*

**Eduardo Luís Kronbauer<sup>1</sup>**

**ZUSAMMENFASSUNG:** In dieser Arbeit wird das Hauptwerk von Georg Jellinek – *Allgemeine Staatslehre* – vorgestellt und analysiert. Dabei liegt der Fokus auf der Zwei-Seiten-Lehre. Andere Themen werden nur aufgegriffen, wenn sie dem Ziel dienen, die Lehre von den zwei Seiten des Staates besser erklären zu können. Nach einer kurzen Beschreibung des Lebens von Georg Jellinek, wird mit Hilfe auch an der Lesung anderer Arbeiten von Autoren, die sich den Gedanken des zu analysierenden deutschen Juristen ansprechen, sein Hauptwerk in drei Schritten vorgestellt. Der erste ist der Methodologie gewidmet, die Jellinek anwendet, eventuell auftretenden Problemen und der Form der Darstellung seiner Allgemeinen Staatslehre. Im zweiten Schritt werden die Zwei-Seiten-Lehre, die als Hauptbeitrag Jellineks zur Staatslehre zu betrachten ist, und die normative Kraft des Faktischen dargestellt. Schritt drei bringt die Darstellung der Relation zwischen Staat und Verfassung und debattiert die wichtigsten Kritikpunkte an seiner Theorie. Als zusammenfassender Abschluss wird ein Blick auf die Auswirkungen der Ideen Jellineks für die heutige Staatstheorie geworfen.

**Schlüsselwörter:** Allgemeine Staatslehre; Georg Jellinek; Zwei-Seiten-Lehre; Normative Kraft des Faktischen.

**RESUMO:** O presente artigo apresenta e analisa o principal trabalho de Georg Jellinek - Teoria Geral do Estado, com foco na doutrina das duas faces do Estado. Outros aspectos são abordados apenas com o propósito de explicar melhor essa doutrina específica. Após uma breve descrição da vida de Georg Jellinek, apresenta-se sua obra principal em três etapas com o auxílio, também, da leitura de obras de outros autores que abordam o pensamento do jurista alemão em apreço. Nesse sentido, a primeira parte diz respeito à metodologia que Jellinek utiliza, aos problemas que podem surgir em virtude dessa metodologia e à forma de apresentação da sua Teoria Geral do Estado. Em seguida, apresenta-se a doutrina das duas faces, que deve ser considerada como a principal contribuição de Jellinek para a teoria do Estado, bem como a noção de poder normativo dos fatos. A terceira parte traz a apresentação da relação entre Estado e Constituição e discute as principais críticas à sua teoria. Como breve conclusão, analisam-se as implicações das ideias de Jellinek para a teoria do estado contemporâneo.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg - Bolsista Katholischer Akademischer Ausländer-Dienst - KAAD). E-mail: eduardo.kronbauer@yahoo.com.br. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7344866460883924>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0393-6723>.

**Palavras-chave:** Teoria Geral do Estado; Georg Jellinek; doutrina das duas faces do Estado; força normativa dos fatos.

**Gliederung:** 1. Einleitung: Leben und Werke von Georg Jellinek; 2. Allgemeine Staatslehre: 2.1 Schwerpunkt auf der Methodologie; 2.2 Die Zwei-Seiten-Lehre: 2.2.1 Das Wesen des Staates; 2.2.2 Rechtfertigung und Zweck des Staates; 2.2.3 Soziale Staatslehre und Staatsrechtslehre; 2.2.4 Die normative Kraft des Faktischen; 2.3. Das Verständnis der Verfassung und ihre Relation mit dem Staat; 2.4 Kritikpunkte; 3. Fazit. 4. Literatur.

## 1. EINLEITUNG: LEBEN UND WERKE VON GEORG JELLINEK

Georg Jellinek wurde am 16. Juni 1851 in Leipzig geboren und starb am 12. Januar 1911 in Heidelberg. Er war jüdisch-österreichischer Herkunft und nicht unwesentlich vom Judentum geprägt, da sein Vater Adolf Rabbiner der Wiener Israelitischen Kultusgemeinde war. Georg Jellinek war ein großer Gelehrter nicht nur des Rechts, sondern auch der Philosophie, der Volkswirtschaft und der Geschichte, und seine Universitätskarriere führte ihn unter anderem nach Wien und in seine Heimatstadt Leipzig (ANTER, 2016, S. 121-124).

Im Jahr 1872 promovierte Jellinek an der Universität Leipzig in Philosophie mit der Dissertation: *Die Weltanschauungen Leibniz und Schopenhauers. Ihre Gründe und ihre Berechtigung. Eine Studie über Optimismus und Pessimismus*. Im Jahre 1874 erwarb er an der gleichen Universität den Titel eines Doktors der Rechtswissenschaften. Seine akademische Laufbahn in Rechtswissenschaften wurde von Anfang an durch antisemitische Diskriminierungen behindert. So wurde seine Bewerbungsarbeit *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* von der Juristischen Fakultät der Wiener Universität abgelehnt. Im Jahr 1879 wurde er jedoch an der Universität Wien in Rechtsphilosophie, Staats- und Völkerrecht habilitiert – mit seiner Arbeit *Die Klassifikation des Unrechts* und dem Vortrag *Absolutes und relatives Unrecht* (HÄBERLE/KILIAN/WOLF, 2015, o.S.<sup>2</sup>).

Seine Absicht, auf der Grundlage der Monografie *Die rechtliche Natur der Staatenverträge* Professor für Völkerrecht zu werden, wurde 1880 enttäuscht – wieder mit antisemitischer Motivation. In dieser Arbeit wirft Jellinek die Frage auf, wie die rechtliche

<sup>2</sup> o.S. bedeutet “ohne Seite“. Auf Portugiesisch, „sem página“.

Bindung souveräner Staaten durch Verträge rechtlich betrachtet werden kann, und antwortet darauf mit seinem Konzept der normativen Selbstverpflichtung der Staatsgewalt. So entwickelt er auf der Basis einer Variation des kategorischen Imperativs von Immanuel Kant ein Konzept, das zwischen Wirklichkeit und Normativität vermittelt.

Das alles zeigt: Jellinek machte schon früh mit wichtigen Forschungen auf den Gebieten der Rechtsphilosophie und des Völkerrechts auf sich aufmerksam, bekam aber aufgrund der antisemitischen Politik im akademischen Bereich keine ordentliche Professur. Erst 1883 erhielt er eine Professur an der Universität Wien, zunächst als außerordentlicher und später als ordentlicher Professor. Im Jahr 1889 legte er diese aber nieder, um ein Jahr später zum Professor an der Universität Heidelberg ernannt werden zu können, wo er den Lehrstuhl von Johann Caspar Bluntschli und August von Bulmerincq übernahm.

Jellinek ist einer der wichtigsten deutschsprachigen Autoren der Staatslehre. Er war ein überzeugter Verteidiger der Staatsmacht und des Staats-Monopols, forderte aber gleichzeitig eine strikte Begrenzung dieser Macht. So kann man sagen, dass seine Staatstheorie sowohl Elemente staatlicher und gesellschaftlicher Natur als auch ausgesprochen liberale Elemente enthält (BRUGGER, 2016, S. 428-429).

Laut Autoren, die die Sicht von Jellinek verteidigen, zweifellos sei sein größtes Verdienst gewesen, sich dem methodologischen Einfluss seiner Zeit widersetzt zu haben, die sich von jedem Beitrag der Rechtswissenschaft zu moralischen, ethischen, politischen, soziologischen und teleologischen Zwecken des Rechts distanzierte. Auch wenn Jellinek in gewisser Weise für die Aufspaltung in Verfassungsrecht und Staatslehre verantwortlich ist, muss ausdrücklich betont werden, dass ihm das Verfassungsrecht nicht gleichgültig war. Im Gegenteil war Jellinek einer derjenigen, die den interdisziplinären Charakter von Rechtsfragen – einschließlich in Bereichen wie Geschichte, Philosophie, Politikwissenschaft – stark hervorhoben.

## **2. ALLGEMEINE STAATSLEHRE**

### **2.1. Schwerpunkt auf der Methodologie**

Als Ausgangspunkt des Werkes legt Jellinek das Augenmerk auf die Wichtigkeit der

Methodologie bei wissenschaftlichen Forschungen. Insofern kritisiert er zum Beispiel eine Analyse des Staates nur aus Sicht des historischen Kontexts und betont, dass für eine genaue Studie der allgemeinen Staatslehre klar beschrieben und begrenzt werden muss, was wirklich ihre Aufgabe ist (JELLINEK, 1966, S. 1966). Mit dieser Festlegung kritisiert Jellinek frühere Untersuchungen zur Staatslehre wegen ihrer Mängel an klaren Methodologien und fehlender Systematik, denn jede Untersuchung müsse mit der Definition einer Methodologie beginnen (JELLINEK, 1966, S. 26-27).

In diesem Zusammenhang ist auch die Bemerkung Jellineks aufzugreifen, dass sich sozialwissenschaftliche Erkenntnisse, von denen der Naturwissenschaft unterscheiden. Die Forschungen letzterer haben eher mit biologischen, chemischen, physischen, u. a. Analysen zu tun, während die Sozialwissenschaft sich mit historischen und sozialen Geschehnissen beschäftigt (JELLINEK, 1966, S. 27-28). Daher weist Jellinek darauf hin: „Das Ziel der Naturwissenschaft, die Qualitäten in Quantitäten zu verwandeln, ist für die Welt des historischen Geschehens nicht zu erreichen (JELLINEK, 1966, S. 28).“ Ziel sozialwissenschaftlicher Erkenntnis ist, aus der Sicht der Soziologie die Vielzahl von Individuen und deren Verhalten zu untersuchen.

Mit Blick auf die Aufgabe der Staatswissenschaft heißt das, den Vergleich der „empirischen Typen staatlicher Verhältnisse“ mit den historischen Arten von Staaten zu finden. Der empirische Typus unterscheidet sich vom Idealtypus darin, „daß er nicht den Anspruch erhebt, ein höheres objektives Sein darzustellen“ (JELLINEK, 1966, S. 36). Es muss aber nicht unbedingt der Vergleich zwischen Staaten verschiedener Kulturen vorgenommen werden. Durch die Nutzung der empirischen Methode des epistemologischen induktiven Reduktionismus können Staaten mit Ähnlichkeiten gefunden werden. Jedoch muss dieser Vergleich sorgfältig durchgeführt werden, weil menschliche Institutionen, und damit auch Staaten, eine dynamische Natur haben, ihr Wesen also nicht für immer festgelegt ist, sondern sich ändert und neu zusammenstellen kann. Darum sagt Jellinek: „Nur wo gemeinsame historische, politische, soziale Grundlagen vorhanden sind, wird sich eine weitgehende Übereinstimmung in Struktur und Funktion der Staaten nachweisen lassen.“ (JELLINEK, 1966, S. 38) Anschließend präsentiert Jellinek das Argument, dass die

historische Untersuchung Bedingungen benötigt, und kritisiert die Ansicht, die verteidigt, das Verständnis der gegenwärtigen Institutionen in ihrer Vergangenheit finden zu können (JELLINEK, 1966, S. 41-43). Obwohl die Aussage Jellineks im Raum steht, dass der empirische Typus die richtige Methode der staatswissenschaftlichen Untersuchung ist, betont Oliver Lepsius, der soziale Staatsbegriff Jellineks „sei daher kein empirischer, sondern bleibe ein theoretisches Konstrukt“ (LEPSIUS, 2004, S. 71). Führt Lepsius weiter aus: „Es ist das Recht, das Jellinek ein Selektionskriterium dafür liefert, unter welchen Aspekten der Staat analysiert werden soll, auch und gerade in der ‚Allgemeinen Soziallehre‘“ (LEPSIUS, 2004, S. 71). Doch Jellinek interessiert das Soziale nur in einer Ergänzungsperspektive zum Staatsrechtlichen.

Unter diesen Aspekten stellt Jellinek als sozial-historische Vorlage in Betracht, dass die Untersuchung der Staatslehre auch von der rechtlichen Sicht aus zu erfolgen hat. Somit muss die rechtliche Darstellung des Staates die juristische Methode nutzen. Die Staatsrechtslehre ist eine normative Wissenschaft und darum von den Aussagen über das Sein des Staates zu unterscheiden. Das bedeutet, dass die Staatsrechtslehre eine Wissenschaft des Sollens ist und ihr Gegenstand die Normen sind, die die Institutionen des Staates und ihre Funktionen regeln. Die Methodologie des Rechtsbegriffs des Staates ist rein juristisch. Daraus ergibt sich für Jellinek, dass die Untersuchung des Staates zwei wissenschaftliche Ausgangspunkte hat: einen sozialen und einen juristischen.

## 2.2 Die Zwei-Seiten-Lehre

Wie oben bereits erwähnt, führt die Erforschung eines Gegenstandes zur Frage der Methodologie. Die Nutzung der angemessenen, richtigen Methode wird jede Forschung vor großen Irrtümern bewahren. Ist es aber möglich, einen Gegenstand aus der Sicht unterschiedlicher Disziplinen, sozusagen mit Interdisziplinarität, zu klären und zu erklären? In Bezug auf den „Staat“ als Gegenstand einer wissenschaftlichen Untersuchung muss dabei zuerst festgelegt und begründet werden, welche Methode(n) angemessen ist(sind), um zum Beispiel einen Begriff des Staates darstellen zu können. Forschung über den Staat führt darüber hinaus häufig zum Problem des Verhältnisses der Erkenntnistheorien (zwischen

Erkenntnisgegenstand und Erkenntnisverfahren) und zwischen Theorie und Praxis, m. a. W. von werturteilsfreier Wissenschaft und politischen Ideen. Das bedeutet bei der Betrachtung einer Theorie des Staates – wenn das Ziel in der Darstellung des Staates unter juristischen Aspekten besteht –, dass berücksichtigt werden muss, ob dies nur mit einer rein rechtlichen Perspektive möglich ist, oder ob andere Disziplinen wie Sozialwissenschaft, Philosophie, Geschichte, Politik und Psychologie in Erwägung gezogen werden müssen. Unter Berücksichtigung dieser Fragen und Gesichtspunkte formuliert Jellinek seine Lehre (LEPSIUS, 2004, S. 63).

Dabei betrachtet er das Recht als einen der wichtigsten Teile des Staates, weil dessen Existenz ohne Recht unmöglich ist. Allerdings nennt er es einen Irrtum, die Staatslehre mit der Staatsrechtslehre zu identifizieren. Dieser Fehler kommt laut Jellinek aus dem historischen Ursprung der modernen Staatslehre, als aus dem Naturrecht, das die rechtlichen Grundlagen des Staates erforschte (JELLINEK, 1966, S.11). Daher muss die Stellung des Staates von zwei Aspekten aus betrachtet werden: auf der einen Seite als gesellschaftliche Ausgestaltung – in Anbetracht der faktischen Zustände – und zweitens als rechtliche Institution – d. h. als eine normative Ordnung. In diesen beiden Ausgestaltungen teilt sich die Staatslehre in die soziale Staatslehre und in die Staatsrechtslehre auf. Und das ist das Wesen und der Kern der Zwei-Seiten-Lehre Jellineks (LEPSIUS, 2004, S. 63-64).

Er begründet dies damit, dass die Erforschung der Staatslehre von zwei unterschiedlichen Methoden aus vorangetrieben werden kann und muss – bei Aufteilung des Gegenstandes und seiner Relationen (JELLINEK, 1966, S.72). Deshalb kann und soll der Staat als Erkenntnisgegenstand mittels einer multidisziplinären Perspektive studiert werden, insbesondere der zwei Gesichtspunkte, die mit verschiedenen Methoden analysiert werden: die Staatswissenschaft und die Staatsrechtswissenschaft (JELLINEK, 1966, S. 71-72).

An dieser Stelle ist hinzuzufügen, dass eine Autonomie der Staatswissenschaft aufgrund der Autonomie der Methodologie möglich ist und der Irrtum bei den Forschungen über den Staat besteht darin, dass sie ohne die Beachtung der Natur des Objekts durchgeführt wurden (JELLINEK, 1966, S.74). Mit anderen Worten: die Forschung Jellineks über den Staat wurde auf der einen Seite mittels kausalwissenschaftlicher Methode und auf der anderem mittels einer normwissenschaftlichen Methode verwirklicht (LEPSIUS, 2004, S.

64-65). Aus der Sicht Jellineks verbindet sich die Staatslehre mit der Naturwissenschaft, wenn es um (Staats-)Gebiete geht, die mittels physikalischer und politischer Geografie untersucht werden, und bei der physischen Ausstattung des dort wohnenden Volkes. Das bedeutet: die zweite natürliche Grundlage besteht in der Gestalt der Bewohner eines Staates, was mittels Anthropologie und Etymologie beschrieben wird ((JELLINEK, 1966, S. 75). Darüber hinaus verknüpft sich die Staatslehre auch mit den Staatswissenschaften – und zwar mit Psychologie und Anthropologie –, die sich mit dem menschlichen Verhalten und seine Auswirkungen beschäftigen – und auch noch mit den Sozialwissenschaften (JELLINEK, 1966, S.81-84).

Demzufolge entfernt sich Jellinek in seinem Unternehmen, einen rechtlichen Begriff des Staates unter Verwendung äußerer Elemente zu bilden, von dem Rechtspositivismus des 19. Jahrhundert, der das Rechtsdenken im (deutschen) Kaiserreich bestimmt hatte, ohne sich ganz in eine andere Richtung leiten zu lassen. Das heißt, dass seine Theorie trotz einiger Kritikpunkte, hauptsächlich von Hans Kelsen, mit dem Anspruch ausgestattet ist, innerhalb der positivistischen Perspektive zu bleiben. Die soziale Seite seiner Lehre operiert nur als Mittel für den juristischen Aufbau (VAN KLINK/LEMBCKE, 2016, s. 64-65).

### 2.2.1 Das Wesen des Staates

Das Ergebnis des ersten Anliegens von Jellinek – die Anwendung einer bestimmten Methode – führt zu der Frage, wie ein rechtlicher Begriff des Staates gebildet werden kann, wenn der Staat direkt mit allen sozialen Erscheinungen verbunden ist. Für Jellinek war eine Vorstellung vom Staat auf Basis einer rein formellen Logik nicht erreichbar und deswegen war es ihm wichtig zu beachten, dass die Bemühungen, den Begriff des Staates zu zeichnen, eine theoretische Entwicklung fordern, die diese zwei Aspekte (sozial und juristisch) in Betracht zieht (JELLINEK, 1966, S. 83-84).

Jellinek stellt das Sein des Staates auf dreierlei Weise in der Staatstheorie dar: die objektive, subjektive und juristische Lehre. Bei den Theorien vom überwiegend objektiven Sein des Staates schreibt Jellinek, dass der Staat als Tatsache, als Zustand, also als identisch mit seinen Elementen, und als natürlicher Organismus bezeichnet werden kann. Durch das Sein des Staates als Tatsache ist das wahre Wesen des Staates in den sozialen Umständen,



in den gesellschaftlichen Machtverhältnissen oder in beidem zu suchen. Die Essenz des Staates ist nicht in der Abstraktion, sondern in den tatsächlichen Gegebenheiten zu finden (JELLINEK, 1966, S. 140-142). Durch diese Zustandstheorie wird der Staat als eine Feststellung von Herrschaft definiert und der Zustand selbst ist regelmäßig eine grenzenlose Vielfalt von Willensverhältnissen. Der Zustand wiederum besteht in den zahllosen Verhältnissen der Individuen, die zueinander eine Beziehung als Herrscher und Beherrschte haben (JELLINEK, 1966, S. 142-143).

Später beschreibt er den Staat über seine konstituierenden Elemente, nämlich: der Staat als Volk bzw. der Staat als Herrscher oder Obrigkeit. Nach Meinung Jellineks besteht der klare Fehler der Theorie des Staats als Volk darin, dass sie die nebeneinanderstehenden Personen mit dem als Einheit zudenkenden Volk verwechselt. Um Volk werden zu können, muss eine einigende Organisation bestehen, die nur aufgrund „anerkannter Sätze über die rechtliche Willensbildung einer Vielheit“ möglich ist, mit denen „diese eben zur Einheit zusammengefasst wird“. Die Untersuchung dieser Theorie zeigt sich als „eine unklar gedachte juristische Lehre“ (JELLINEK, 1966, S. 145). Als Obrigkeit – so eine populäre Vorstellung – identifiziert sich der Staat mit der Regierung. Die Elemente (Staats-)Gebiet und Volk bleiben als Gegenstände und die Wirksamkeit des Staates besteht schlechthin im Staat selbst. Alle Staatsgewalt und alles Staatsrecht werden ausschließlich dem Herrscher übertragen. Das Problem dieses Denkens besteht laut Jellinek im Fortbestand des Staates nach dem Tod des jeweiligen Herrschers. Die Kennzeichnung eines Staates durch einen physischen Herrscher zerstört in Wahrheit den Staat (JELLINEK, 1966, S. 146-148). Zum Abschluss der Darstellung der Theorien über das überwiegend objektive Sein des Staates geht Jellinek auf die Idee des Staates als natürlicher Organismus ein. Er schreibt, dass es eine Vielheit von Nuancen der organischen Staatslehre gibt. Sie beschreiben den Staat als „ein organisches Gebilde in physischem Sinne“ (...), „das unabhängig von den Individuen sein eigenes von Naturgesetzen beherrschtes Dasein führt“ (JELLINEK, 1966, S. 148).

Zu den Theorien vom überwiegend subjektiven Sein des Staates schreibt Jellinek Folgendes. Zuerst erwähnt er die Theorie des Staates als sittlicher Organismus, welcher aus unterschiedlichen Perspektiven dargestellt werden kann. Allen diesen organischen Ansichten ist allerdings die Verneinung der Lehre gemeinsam, wonach die sozialen

Strukturen ausschließlich durch die Natur ihrer letzten „Elemente“ erklärt werden können: den Individuen (JELLINEK, 1966, S. 150). Außerdem betrachten sie auch die menschliche Gemeinschaft als „eine ursprüngliche Einheit, zu der die einzelnen sich derart als Glieder verhalten, dass sie nur aus dem Wesen das Ganze heraus völlig begriffen werden können“ (JELLINEK, 1966, S. 150-151). Auf diese Weise stellt sich die organische Theorie als ein Gegensatz zur individualistischen Lehre der menschlichen Gemeinschaft dar. In diesem Zusammenhang ist auf die Kritik Jellineks hinzuweisen, dass diese Theorien einen großen Fehler haben: Sie arbeiten mit einem Begriff, den sie nicht bestimmen können, weil eine klare Definition des Daseins eines Organs nicht möglich ist. Eine befriedigende Erklärung des Organismus ist nur möglich, wenn man den Zweck als Ausgangspunkt begreift – und die Essenz eines Organismus ist teleologischer Natur (JELLINEK, 1966, S. 151-152).

Anschließend wird der Staat als Kollektiv- oder Verbandseinheit beschrieben. Diese Theorie stellt die Einheit des Staates in der Mannigfaltigkeit seiner Glieder, in dem Zustand seiner Organe zum Ganzen und zum Teil dar, sowie im Fortbestand des staatlichen Daseins im Lauf der Zeit und im Wechsel der Generationen. Laut Jellinek ist diese Theorie nicht politisch, sondern rein wissenschaftlich, und wenn sie angemessen formuliert wird, vermeidet sie die Irrtümer der vorherigen Theorien. Aber sie liefert nur den Oberbegriff, unter dem der Staat zu subsumieren ist, denn der Staat ist nicht die einzige soziale Einheit. Im Staat bestehen vielmehr viele andere soziale Gestalten (JELLINEK, 1966, S. 158-162).

Von besonderem Interesse sind an dieser Stelle die juristischen Lehren vom Staat. Jellinek bekräftigt in seinen Darstellungen, dass das Recht wesentlich für den Staat ist. Die rechtliche Erkenntnis des Staates hat den Anspruch, nicht die wirkliche Essenz des Staates zu erfassen, „sondern den Staat juristisch denkbar [zu] machen, d.h. einen Begriff auf[zuf]inden, in dem alle rechtlichen Eigenschaften des Staates widerspruchlos zu denken sind“ (JELLINEK, 1966, S. 163). Die juristischen Ausgestaltungen des Staates, die Jellinek benennt, sind: der Staat als Rechtsobjekt, als Rechtsverhältnis und als Rechtssubjekt. Für ihn kann der Staat nicht als Objekt aufgefasst werden, denn „jedes Rechtsobjekt setzt ein Subjekt voraus“. Nach der Theorie des Staates als Objekt ist die Anerkennung der Untertanen nur durch einen Trugschluss möglich. Deswegen entfernt Jellinek sie und bemerkt: „Ist [für diese Theorie] das Volk und damit jedes Volksglied für den Staat nur Objekt“, so kann es für ihn

nicht zugleich Subjekt sein. Eine im Eigentum eines Herrn stehende Sklavenherde könnte so konstruiert werden, nicht aber ein Gemeinwesen (JELLINEK, 1966, S. 164). Ein ähnliches Verständnis hat Jellinek in der patrimonialen und absolutistischen Staatslehre gefunden. Dagegen steht die Lehre des Staats als Rechtsverhältnis, die laut Jellinek auf den ersten Blick richtig aussieht, weil die rechtlichen Relationen zwischen Herrscher und Beherrschten ausdifferenziert auftauchen. Falls jedoch der Staat als Herrschaftsverhältnis betrachtet wird, ist die Bestätigung seines Fortbestands und die Einheit dieser Relationen nur aufgrund einer Ableitung von der empirischen Basis aus möglich. Jede Umstellung der Herrschaftsverhältnisse zerstört den Staat und macht den Aufbau eines neuen notwendig (JELLINEK, 1966, S. 167-169).

Als Schlussfolgerung stellt Jellinek auf der Basis der Argumentation der juristischen Gestaltung des Staates fest, dass es nur eine Möglichkeit für eine befriedigende Erklärung des Staates gibt: die Auffassung des Staates als Rechtssubjekt. Jellinek erläutert, dass der Begriff des Rechtssubjekts rein juristisch ist und keine reale Qualität hat, die an sich mit den Menschen verbunden ist, sondern dass er, wie alle Rechtsbegriffe, von Natur aus eine Relation darstellt. Subjekt in juristische Sinne ist keine Essenz oder Substanz, sondern eine „durch den Willen einer Rechtsordnung geschaffene Fähigkeit“ (JELLINEK, 1966, S. 169-170). Wenn der Staat als eine kollektive Einheit bzw. ein Verband betrachtet wird, die keine Fiktion sind, sondern die Gestalt einer Synthese des Bewusstseins, die wir benötigen und die Basis unserer Institutionen ist, dann muss man auch festhalten, dass diese kollektive Einheit die Fähigkeit haben muss, die gleiche juristische Subjektivität wie jedes Individuum zu bekommen. Deswegen sagt Jellinek: „Das Individuum ist körperlich und geistig teleologische Einheit und damit subjektive Einheit, Einheit für unser Bewusstsein, deren objektiver Wert unerkennbar ist, weil wir nicht imstande sind, objektive Zwecke zu erkennen“ (JELLINEK, 1966, S. 171). Hier ist wichtig, erneut zu betonen, dass der Staat eine wesentliche Verbandseinheit ist und je intensiver sein Zweck, desto stärker wird seine Einheit geprägt. Der Zweck des Staates gestaltet den Staatwillens, der durch eine Willensübereinstimmung des Volkes gebildet wird. Aber der Staatswille muss irgendwie begrenzt werden. Deswegen erstellt der Staat als Rechtssubjekt durch die Normierung eine Relation von Pflichten und Rechten zwischen ihm und den Staatsbürger her. Das ist die

sogenannte Selbstbindung des Staates durch die Rechtsordnung, in welcher dem Staat als rechtsschaffendes und machtausübendes Subjekt und als Repräsentant des Gemeininteresses Selbstverpflichtungen auferlegt werden (KERSTEN, 2011, S. 32).

### 2.2.2 Rechtfertigung und Zweck des Staates

Wie Jellinek in seiner Untersuchung nachweist, ist der Staat notwendigerweise mit der sozialen Wirklichkeit verbunden und muss mit den menschlichen Beziehungen umgehen, die in Beziehung zu Herrschaft stehen. Jeder Staat präsentiert sich in der Gestalt von Macht und Herrschaftsordnung (JELLINEK, 1966, S. 194). Aber hier ist zu fragen: Wie können diese Herrschaftsrelationen verdeutlicht werden? Ähnlich fragt Jellinek auch: Warum existieren die Institutionen des Staates? Oder: Wie kann der Staat als Zwangsordnung erkannt werden? Und: Warum unterwerfen die Individuen ihren Willen der Staatsgewalt? Außerdem: Warum und inwiefern sollen die Staatsmitglieder sich den staatlichen Institutionen aufopfern?

Die Antworten haben laut Jellinek nur einen Anspruch: die Anerkennung des Staates zu rechtfertigen. In diesem Zusammenhang erwähnt er, dass es einen doppelten Standpunkt für diese Antworten gibt: „Man kann den Staat betrachten als eine in mannigfaltigen Formen sich auslebende, aber trotzdem stets gewisse typische Funktionen versiehende geschichtliche Erscheinung oder ihn als Glied einer Kette transzendenter Elemente auffassen, die als wahres, metaphysisches Sein der Erscheinungswelt subsistieren“ (JELLINEK, 1966, S. 185). Folgende Ergebnisse stellt Jellinek in seiner Arbeit über die Lehre von der Rechtfertigung des Staates dar: Der Staat kann mittels der religiös-theologischen Theorie, der Machttheorie, der ethischen Theorie, der psychologischen Theorie und der Rechtstheorie begründet werden, wobei letztere in Familienrechtliche Theorie, Patrimonialtheorie und Vertragstheorie unterteilt sein kann.

Jellinek kritisiert diese Theorien, weil mit ihnen der Staat nicht auf seiner ganzen Existenzbreite begründet werden kann, sondern nur einige seiner Elemente, nämlich die Imperiums-, Herrschafts- und Zwangsgewalt (JELLINEK, 1966, S. 220). Daher habe die Lehre der Rechtfertigung des Staates das Bedürfnis, sich durch die Lehre des Zweckes zu vervollständigen. Eine umfassende Erkennung des Staates hängt jedoch vom Erkennen

seines Zweckes ab. Der Staat ist, nach Jellinek, eine teleologische Einheit und das Dasein dieses Zwecks resultiert aus der unwiderlegbaren psychologischen Tatsache, dass die ununterbrochene Existenz des Staates auf den menschlichen Handlungen beruht und allen menschlichen Handlungen eine Ursache, eine Ziel haben (JELLINEK, 1966, S. 234-235).

Der jeweilige Staat hat seine besonderen Zwecke für sich und für die Staatsglieder zu suchen. Das bedeutet allerdings nicht, dass es keinen allgemeinen Zweck gibt, der anerkannt werden kann oder muss. Diese Behauptung lässt sich in dem Fall bestätigen, wenn sich die praktische Bedeutung des Staatszwecks zunächst im ethischen und psychologischen Bedürfnis einer Rechtfertigung des Staates findet. Aber diese Lehren der Rechtfertigungsgründe des Staates haben nur die Fähigkeit, die Staatsinstitutionen zu rechtfertigen, und können nicht den Staat in seiner individuellen Ausgestaltung erklären (JELLINEK, 1966, S. 236).

Das Verständnis der Rechtfertigung des Staates liegt darin, dass es keine Möglichkeit gibt, die gemeinsamen Ziele der Menschen ohne die Existenz des Staates zu befriedigen, eine Tatsache, die zur Institution einer politischen Organisation führt, die mittels einer Rechtsordnung Strukturen ordnet, die in der Lage sind, die Macht des Staates einzuschränken und das soziale Zusammenleben, ein Produkt der Solidarität unter den Menschen, zu ermöglichen. Daher muss der Vorrang der Sicherheit dieser Ordnung in den Zweck des Staates eingegliedert werden, damit seine Institutionen und die Unterwerfung der Einzelperson unter seine Zwangsgewalt gerechtfertigt werden können.

Das hat zur Folge, dass jede Veränderung in der Gesetzgebung bzw. Staatsorganisation mit der Eignung als Zweck des Staates begründet werden muss. In diese Sinne muss jede Aussage über ein Motiv einer Gesetzesvorlage den Staatszweck unterstützen. Wie betont Jellinek: „alle politischen Urteile sind teleologische Werturteile“ (JELLINEK, 1966, S. 237). Der Zweck des Staates ist nach Jellinek, die gemeinsamen bzw. individuellen, innerstaatlichen und menschlichen Interesse zu unterstützen, sodass sich diese in Richtung einer gemeinsamen Entwicklung bewegen können. Und diese Ziele bezeichnen das Leben und die historischen Handlungen eines Staates (JELLINEK, 1966, S. 252-255). Jellinek macht allerdings darauf aufmerksam, dass der Bedeutung dieser teleologischen Ausrichtung Grenzen gesetzt werden müssen und eine rein formale Rechtslehre für die

Analyse des Staats nicht geeignet ist, um die materialen Begrenzungen des Staates anzuerkennen, denn sie erweitert sich bis hin zu den Grenzen, die der Staat sich selbst setzt (JELLINEK, 1966, S. 239). Dementsprechend kann der Staatszweck nur durch das Dasein einer Rechtsordnung erreicht werden. Die Rechtsordnung muss die Grenzen der Behandlung jedes Individuums hervorheben und auch den individuellen Willen in Richtung des Allgemeininteresses führen.

Darüber hinaus ist es wichtig zu erwähnen, dass für Jellinek das Recht ein Produkt sozialer Einbindung ist und folglich nichts anderes als das ethische Minimum. Das Ziel der Rechtsordnung muss der Dienst an der normativen Stabilisierung gesellschaftlicher Verhältnisse sein. Unter objektiver Betrachtung repräsentiert das Recht die Voraussetzungen für die Erhaltung der Gesellschaft. Infolgedessen ist das Recht das Existenzminimum für die ethischen Normen. Oder aus der Subjektperspektive: das Recht ist das Minimum moralischer Handlungen, die die Gesellschaft von ihren Mitgliedern fordert (VAN KLICK/LEMBCKE, 2016, S. 76-77).

### 2.2.3 Soziale Staatslehre und Staatsrechtslehre

Jellinek stellt fest, dass der Staat zur Welt der Fakten gehört und deswegen im Bereich der Wirklichkeit angesiedelt ist, das heißt, im Bereich der Objektivität. Als Teil der Wirklichkeit, ist es möglich, den Staat in einer äußeren Perspektive zu betrachten. Fakten sind vielfältig und erschließen sich in Raum und Zeit. Sie müssen aber wahrgenommen werden (können). Wie anhand verschiedenster Vorgänge in der Welt der Tiere erkennbar ist, können auch soziale Erscheinungen wahrgenommen werden, ohne dass sie allerdings absolut, klar und deutlich erklärt werden können, weil sie u. a. auch mittels subjektiver menschlicher Einflüsse – mit Jellineks Worten: „unserer Innerlichkeit“ – interpretiert werden. Aber auch die ausschließlich von externen Aspekten (Objektivität) ausgehende Betrachtungsweise des Staates, zeigt nur ein „äußerst kümmerliches und wissenschaftliches gänzlich unbrauchbares Bild vom Staate“ (JELLINEK, 1966, S. 136-137).

In diesem Sinne betont Jellinek, dass die sozialen Vorgänge nur anhand der psychischen Handlungen erkannt werden können, und diese sind – wie alle äußerlichen menschlichen Tatsachen – durch den Willen bedingt. Mit dieser Erkenntnis wird der

objektive Staat in die subjektive Welt verlegt. Die subjektive Betrachtungsweise des Staates steht jedoch auf keinen Fall der objektiven entgegen. Damit wird die Realität des Staates nicht nur als eine physische, sondern auch als eine psychische Realität bestimmt, die in zwischenmenschlichen Beziehungen stattfindet und durch sie beeinflusst wird. Bei der subjektiven Betrachtung des Staates werden zwei Gestalten denkmöglich: die soziale und die rechtliche – die aber voneinander getrennt betrachtet werden müssen. Gegenstand der ersten Sichtweise ist die Studie des Staates als soziale Erscheinung, mit anderen Worten: die subjektiven und objektiven Fakten, aus denen das konkrete Leben des Staates besteht.

Häufig wird dies als historisch-politischer Ansatz bezeichnet und dient als Grundlage für die Geschichte des Staates, die Lehre von seiner Entstehung, Umwandlung oder seinem Verfall; der Untersuchung sozialer Annahmen und des Handelns des Staates, sowie der Untersuchung seiner Elemente und inneren Beziehungen. Kurz gesagt: Diese Disziplin soll das Sein und Wirken des Staates in der Außen- und Innenwelt erfassen (JELLINEK, 1966, S. 137-138).

Im Rahmen der juristischen Erkenntnis betont Jellinek, dass sie sich von anderen Erkenntnisarten unterscheidet, denn die juristische Erkenntnis eines Objekts ist nicht die Erkenntnis des Gegebenen, sondern vielmehr das Vorgehen, „das Gegebene zu bestimmten Zwecken unter feste Gesichtspunkte zu ordnen und es einer Beurteilung gemäß den abstrakten Normen des Rechts zu unterziehen“ (JELLINEK, 1966, S. 138), sprich: Es ist die juristische Erkenntnis der Wirklichkeit der rechtlichen Normen. Deswegen gehört das Recht als eine Normen-setzende Ordnung nicht zum Sein, sondern zum Sein-Sollen (LEPSIUS, 2004, S. 65).

Infolgedessen hat die juristische Erkenntnis des Staates als ihr Erkenntnisobjekt die Normen, die die Institutionen und die Funktion des Staates bestimmen und ebenso „das Verhältnis der realen staatlichen Vorgänge zu jenen rechtlichen Beurteilungsnormen“ (JELLINEK, 1966, S. 138). Die Methode der rechtlichen Untersuchung des Staates ist ausschließlich die juristische. Jellinek argumentiert dabei, dass bis in die Gegenwart der bedeutsame Irrtum auftritt, einen juristischen Begriff des Staates auf- und darzustellen, weil nicht beachtet wird, dass die juristische Natur des Staates und seiner Institutionen regelmäßig mit der sozialen Realität vermenget ist. Darüber hinaus ist eine Theorie des objektiven Seins

des Staates nicht möglich, wenn die wissenschaftlichen subjektiven Bestandteile nicht berücksichtigt werden (JELLINEK, 1966, S. 140).

Die Staatsrechtslehre betrachtet den Staat als Rechtssubjekt und wird bei Jellinek innerhalb des Begriffs der Körperschaft behandelt. Dabei ist der Staat als eine Korporation mit ursprünglicher Herrschaft ausgestattet und wird von einem Volk in einem Staatsgebiet gebildet. Das gestaltet zusammen die drei Elemente der rechtlichen Stellung des Staates: das Staatsgebiet, das Staatsvolk und die Staatsgewalt.

Jellinek sucht in der Souveränität und Unteilbarkeit der Staatsgewalt, und ebenso in der Fähigkeit des Staats, Selbstorganisation und Selbstherrschaft zu erkennen, dass der Staat die Einheit des Volkswillens organisiert. Diese Einheit bildet den Staatswillen, der durch die Rechtsordnung konkretisiert wird. Dem steht Brodocz' Aussage von der sozialen Sicht des Staates gegenüber, denn es „wird die faktische Vielheit zweckgebundener und territorialer begrenzter Herrschaftsverhältnisse als ‚der Staat‘ zu einer Einheit synthetisiert“, und auf der anderen Seite, aus juristischer Sicht „‚der Staat‘ hingegen [als] eine Synthese jener vielfältigen rechtlichen Beziehungen [gesehen], die sein Verhältnis als herrschendes Rechtssubjekt zu anderen Rechtssubjekten regel[t]“ (BRODOCZ, 2004, S. 153).

#### 2.2.4 Die normative Kraft des Faktischen

Mittels der Untersuchung Jellineks zu einer Begründung des Rechts kann gezeigt werden, dass dieses aus menschlichen Willensakten und also aus Sollen-Sätzen entsteht (LEPSIUS, 2004, S. 73). Aber die Sollen-Sätze allein lassen die Rechtssätze nicht in einer geeigneten Weise erkennen. Hier bringt Jellinek den Gedanken der „Prädisposition des Seins“ in die Debatte ein, der Einfluss auf die Formulierung juristischer Sätze ausübt. Im Folgenden zeigt Jellinek dann auf, dass die Quelle der Überzeugung vom Dasein regulärer Verhältnisse „in einem bestimmten psychologisch bedingten Verhalten des Menschen zu den faktischen Vorgängen“ (JELLINEK, 1966, S. 337) steht, die im Wesentlichen von der „menschliche Psychologie, der historische Entwicklung und den gesellschaftlichen Umständen“ ausgeht. Darum ist der Rechtsbegriff laut Jellinek der Ausdruck einer spezifischen Wechselbeziehung von Normativität und Faktizität, und die Faktizität hat durch einen psychologischen Anerkennungsprozess Einfluss auf die Normativität (LEPSIUS,



2004, S. 71-73).

Seiner Meinung nach hat das Recht als notwendiges Merkmal seine Gültigkeit und eine Norm wird nur dann Bestandteil des Rechts sein, wenn sie gültig ist. Die Norm wiederum ist dann gültig, wenn sie die Fähigkeit besitzt, ihre Wirksamkeit zu motivieren, und wenn sie über den Willen verfügt, der den Willen des Staates als Darstellung der Einheit des Volkswillens darstellt. Diese Fähigkeit entspringt der Überzeugung, dass der Mensch der Norm verpflichtet ist und ihr daher folgen muss. Die Positivität des Rechts beruht also letztlich auf seiner Gültigkeit, die von einem psychologischen Element abhängig ist (JELLINEK, 1966, S. 333-334).

Deswegen steht die Errichtung des Rechts auf der Überzeugung der Pflicht – und auf diesem rein subjektiven Gesichtspunkt beruht die ganze Rechtsordnung. Obwohl die Faktizität von der Normativität getrennt bleibt, führt sie zur Begründung, Ermöglichung und Begrenzung rechtlicher Sätze. Das bedeutet, dass die rechtlichen Erkenntnisgegenstände durch diese faktischen Bedingungen motiviert und verursacht werden. Außerdem beeinflussen sich die faktischen und normativen Seiten gegenseitig (JELLINEK, 1966, S. 343-345).

Das Recht wird von der Kraft sozialer Tatsachen vorangetrieben. Sie setzen das Recht voraus und können dessen Veränderungen erklären, wenn die Verhältnisse, die das Recht mit der Totalität sozialer Tätigkeiten von der überwiegend religiösen Gestaltung bis hin zu lokalen Gewohnheiten verbinden, berücksichtigt werden, weil alle sozialen Stellungen und Institutionen bewusst oder unbewusst die Normen suchen, die sie (unter)stützen. Deswegen fordern die sozialen Erscheinungen die Erzeugung der Normen.

### *2.3 Das Verständnis der Verfassung und ihre Relation mit dem Staat*

Im dritten Buch Jellineks über die allgemeine Staatslehre ist das Thema Staatsverfassung dargestellt. Jelinek argumentiert, dass jeder andauernde Verband einer Ordnung bedarf, die „gemäß seinem Willen gebildet und vollzogen, seinen Bereich abgrenzt, die Stellung seiner Mitglieder in ihm und zu ihm“ regelt. Diese Ordnung, sagt Jellinek, sei die Verfassung (JELLINEK, 1966, S. 505). Wie von Brodocz erklärt, verteidigt Jellinek die Idee, dass die Verfassung nicht nur auf ihren formal-juristischen Inhalt beschränkt sein darf

(BRODOCZ, 2004, S. 153). Die alten Verhältnisse sind nach Jellinek aufgrund des Begriffs der Verfassung im materiellen Sinn, welcher im Altertum anerkannt wurde, von großer Bedeutung für die modernen Ansichten über das Wesen der Staatsverfassung (JELLINEK, 1966, S. 506-507).

Die Behandlung der Beziehung zwischen Verfassung und Staat wird von Jellinek nicht aus dem historischen Kontext genommen, sondern als Versuch gestaltet, einen systematischen Aufbau vorzustellen. Nach seiner Auffassung ist die Vorstellung oberer Werte „der verfassungsmäßigen Grundlagen des Staates gegenüber den Institutionen“ schon in den alten materiellen Verfassungen zu finden.

Die Verfassung hat als Teil der Staatsorganisation aber auch eine instrumentelle Funktion – in dem Sinn, dass das Herrscherverhältnis zeigt, was der Staat von seinen Mitgliedern erwartet und umgekehrt, was sie vom Staat erwarten können. Das heißt, sie beschreibt die Pflichten und Rechte. Außerdem bestimmt die Verfassung, „welche Organe des Staates aufgrund welcher Kompetenzen von ihm Gehorsam verlangen“ (BRODOCZ, 2004, S. 155). Sie stabilisiert die Relation des Staates zu seinen Bürger und strukturiert die Herrschaftsverhältnisse im Staat.

In Bezug auf die Verfassungsgesetze hebt Jellinek eine doppelte Bedeutung hervor: material und formal. Unter materiellem Aspekt sind die Verfassungsgesetze Möglichkeiten für die Stellungnahme und Festlegung des Staatswillens (BRODOCZ, 2004, S. 156). Aus formeller Perspektive sind sie eher konsistent und im Hinblick auf Änderungen stellen sie klar, dass sie im Vergleich zu anderen Gesetzen schwieriger zu verändern sind. Mit Blick auf die Möglichkeit der Verfassungsänderung kann man zwischen „starren“ und „biegsamen“ Verfassungen unterscheiden. Falls es keine spezifischen Bestimmungen über mögliche Veränderungen gibt, ist die Verfassung biegsam. Wenn es Bestimmungen mit hohen Anforderungen an jede Änderung gibt, dann wird dies als starre Verfassung definiert (JELLINEK, 1966, S. 534-536).

Die Vorstellung von Jellinek über Staat und Verfassung verdeutlicht, dass eine institutionelle Analyse von Verfassungen benötigt wird, in denen die verfassungsmäßige Kodifizierung „der sozio-moralischen Grundlagen einer Gesellschaft und die historische Praxis ihrer institutionellen Verwirklichung“ verfassungsrechtlich aufeinander bezogen sind

(BRODOCZ, 2004, S. 170).

Wenn der Staat die Fähigkeit hat, sich selbst zu beschränken, dann hat er auch die Möglichkeit, sich selbst zu bestimmen, und die Verfassung ist eine Form dieser Selbstbindung. Jedoch ist sie nicht die einzige Form der Begrenzung des Staates, denn das Völkerrecht hat diese Fähigkeit auch. In beiden Fällen schränkt der Staat seine Macht ein und wird zu einer juristischen Persönlichkeit. Durch die Verfassung begrenzt sich der Staat und hat die Staatsbürger als Rechtssubjekte anzuerkennen. Demzufolge ist die notwendige Beschränkung des Staates durch die grundlegenden Gesetze in der Verfassung konkret vorgeschrieben (BRODOCZ, 2004, 164-165).

#### *2.4 Kritikpunkte*

Die Ergebnisse des Hauptwerkes von Jellinek legen eine Reihe von Faktoren im Hinblick auf die Konstruktion eines juristischen Begriffes des Staates entsprechend der multidisziplinären Perspektive des Autors dar. Die Staatslehre Jellineks war und bleibt für jede Theorie des Staates von großer Bedeutung. Aufgrund des Erfolgs wurde die Allgemeine Staatslehre von vielen wichtigen Autoren überprüft und – wie in allen wissenschaftlichen Diskussionen – kann festgestellt werden, dass Kritikpunkte erhoben wurden. Einige werden hier kurz dargestellt. Wichtig ist jedoch, zu bemerken, dass der Fokus auf die Kritik von Hans Kelsen gelegt wird.

Der erste wichtige Kritikpunkt richtet sich auf die Problematik der Methodologie der Theorie Jellineks. Laut Kelsen führt die Annahme, dass Staat und Recht verschiedenen Gegenstände sind (JESTAEDT, 2013, o. S.), zwischen denen ein wesentlicher Unterschied existiert, zur Trennung in eine soziale Staatslehre und eine Staatsrechtslehre. Anstelle der sozialen Staatslehre, die den Staat vom Standpunkt der kausalen Wissenschaft aus studiert, erscheint die normative Lehre des politischen Rechts. Methodologisch ist es laut Kelsen aber nicht möglich, den gleichen Gegenstand zwei verschiedenen Wissenschaften zuzuordnen, denn die gnoseologischen Richtungen haben einen unterschiedlichen Stellenwert und die Erkenntnisziele sind nicht gleichwertig (KELSEN, 2019, S. 33-34). Die Lehre Jellineks operiert mit der Vermischung von Sein und Sollen (KELSEN, 2019, S. 32). Deswegen ist die Staatslehre, wenn bei ihr die Einheit von der Lehre des politischen Rechts mit der

sozialen Staatslehre grundlegend ist, so widersprüchlich, dass sie ihren Gegenstand und sogar sich selbst zerstört, weil sie bewusst die Dualität ihren Methoden postuliert. Jellinek kommt zu dem Schluss, dass seine Staatslehre eine juristisch-perspektivische Lehre vom Staates sein muss, aber laut Kelsen, „da Gegenstand einer Rechtslehre nur Recht sein kann, müsste der Staat Recht und *nur* Recht sein, um zum Gegenstande einer Rechtslehre gemacht werden zu können“. In diesen Fall gibt es für Kelsen keinen Raum für eine soziale Staatslehre (KELSEN, 2019, S. 34-35).

Außerdem ist der Staat laut Kelsen keine Einheit des Willens, weil diese Einheit nicht bestimmt werden kann. Dagegen ist der Staat die Gestalt der Korrelation von Menschen. Nur in dieser Weise kann der Staat betrachtet werden und nicht als metaphysische Spekulation. Das bedeutet, er kann nicht als aus subjektiven Willensakten entstehend gedacht werden, sondern als aus den Beziehungen entstehend. Darüber hinaus stellt das objektive Dasein des Staates sich als „objektive Geltung der die staatliche Ordnung bildenden Normen“ dar (KELSEN, 2019, S. 51-52). Wenn der Staat als eine normative Ordnung bzw. Einheit angenommen wird, dann ist es nur möglich, eine Staatslehre mittels einer Rechtslehre aufzustellen (KELSEN, 2019, S. 60).

Ein weiterer Kritikpunkt Kelsens ist, dass der Unterschied zwischen Staat und Recht irreführend ist, denn es kann nicht die Idee eines Primats des Staates genutzt werden, der die Fähigkeit hat, sich per normativer Selbstverpflichtung zu rechtfertigen (VAN KLINK/LEMBCKE, 2016, S. 83). Außerhalb des positiven Rechts kann es kein rechtliches Dasein geben und der Staat als rechtlicher Begriff kann nur im Rahmen der Rechtsordnung erklärt werden (VAN KLINK/LEMBCKE, 2016, S. 90-91). Deswegen gibt es eine Identität zwischen Recht und Staat.

Ein anderes Problem entsteht durch die Idee von der Selbstbindung des Staates an sein eigenes Recht. Wie oben erwähnt, erläutert die soziale Staatslehre Jellineks, dass der Staatswillen durch die normative Selbstverpflichtung begrenzt ist, und diese Konstruktion bedeutet genau den Brückenschlag vom Sein zum Sollen (KERSTEN, 2011, S. 17). Auf diese Weise steht einerseits die Kritik, dass der Glauben an eine rechtliche Selbstbeschränkung eine gedankliche Zirkularität ist (KERSTEN, 2011, S. 30), und andererseits die von Kelsen kritisierte Theorie, dass der Staat die Voraussetzung für das von

ihm erzeugende Recht ist, und dies endet damit, dass sich der Staat im Laufe seiner Entwicklung selbst zerstört. Die Hypothese eines anderen Staates als des Rechtsstaats – der Dualismus eines juristischen und eines metajuristischen Wesens – kann in der Staatstheorie nicht bestehen, denn sie bildet die Einheit des menschlichen Handelns, das als staatliches Handeln qualifiziert ist, und muss damit enden, dass sie ihren Gegenstand als juristisch versteht. Wenn die prädominante Lehre vom Staat als Subjekt der Handlungen spricht, d. h., wenn sie ihn als Person vorstellt, zögert sie nicht, diese Person des Staates als juristische Person zu betrachten (KELSEN, 2019, S. 191-192).

Wenn der Staat jemanden verpflichten kann, und sei es nur sich selbst, oder wenn vom Staate rechtliche Bindung ausgehen kann, die die vermeintliche Grundlage ist, auf der die gesamte Theorie beruht, dann kann der Staat keine außerrechtliche Macht sein, sondern nur eine Rechtsordnung, weil er nie von der Macht, sondern vom Recht aus gedacht werden kann (KOCH, 2000, S. 382). Der methodologische Fehler der dominanten Staatstheorie besteht – laut Kelsen – darin, dass der physisch-psychische Akt der Darstellung von Normen und ihrer Triebkraft unklar mit der Geltung der Normen, mit der Annahme einer Grundnorm, mit der logisch-rechtlichen Erzeugung zusätzlicher Normen und mit der „Ableitung“ dieser (oder von gesetzlichen Pflichten) vermischt wird (KELSEN, 2019, S. 192-193).

Im Übrigen argumentiert Kelsen, dass die Geltung einer Norm nur durch andere Normen hergestellt werden kann und die Erzeugung der Normen keine Relation mit der Faktizität hat, sondern eine Folge der Normativität schlechthin ist. Die Theorie der normativen Kraft des Faktischen ist nach Kelsen ein Problem der irrigen Vermischung zwischen Sein und Sollen. In dem Wissen, dass der Staat eine Rechtsordnung oder Ausdruck seiner Einheit ist, kann die Staatstheorie nur als Rechtstheorie, „d.h. als Rechtsnormlehre und in diesem Sinne als normative Disziplin möglich“ sein (KELSEN, 2019, S. 60-61).

### **3. FAZIT**

Wie erwähnt, präsentiert Jellinek seine *Allgemeine Staatslehre* aus zwei Perspektiven: aus der soziologischen und der juristischen. Für ihn ist die Konstruktion eines Rechtsbegriffs des Staates ohne eine multidisziplinäre Analyse unter Berücksichtigung von Elementen, die außerhalb des Anwendungsbereichs des Rechts liegen, wie z. B. Soziologie, Psychologie, Geschichte, etc., nicht möglich.

Die Konstruktion eines Rechtsbegriffs des Staates muss nach Jellinek die Beobachtung der Gesellschaft einbeziehen, da der Staat nicht von sozialen Phänomenen zu trennen ist. Obwohl Jellinek den Staat auch aus soziologischer Sicht betrachtet, sind soziale Faktoren ein Instrument, um zur Rechtsordnung zu gelangen. Aus diesem Grund spricht er von einer Soziallehre des Staates und einer Staatsrechtslehre. An diesem Punkt, der durch die Zwei-Fragen-Sicht des „Staats“-Objekts gekennzeichnet ist, liegt der Kern von Jellineks zweiseitiger Theorie.

Zum Abschluss der hier vorgestellten Arbeit ist es daher wichtig, die Beiträge von Jellineks Theorie hervorzuheben, die noch immer Einfluss auf die aktuellen Diskussionen über die Staatstheorie haben. Trotz der Kritik an seiner Methodologie, macht Jellinek einen wichtigen Fortschritt in seiner Forschung über den Staat: erstens durch die genaue Definition der Bedeutung der Anpassung der Methode an den Gegenstand der Studie. Daher betont er auch, dass der Ausgangspunkt für das Studium der Rechtslehre des Staates von dem Anspruch ausgehen muss, den Begriff des Staates zu definieren (ANTER, 2004, S. 45). Zweitens versucht er, Konzepte, die bereits in der Staatslehre vor seiner Zeit untersucht wurden, aus wissenschaftlicher Sicht sinnvoller zu präsentieren. Damit stellt er Definitionen von Herrschaftsverhältnis, Territorium, Souveränität und Staatsgewalt auf, die auf der empirischen Untersuchung sozialer Beziehungen basieren. Er fasst somit in außergewöhnlicher Weise die Forschung über die Staatslehre des 19. Jahrhunderts zusammen und stellt das Wesen und die Rechtfertigung des Staates dar, ohne sich an die naturalistischen oder organischen Beschreibungen zu halten, die sich darauf beschränkten, die Macht des Staates als etwas Natürliches zu beschreiben, das bereits existiert, kann aber gleichzeitig die Reduktionismen der ihm vorausgehenden formalistischen Theorien überwinden.

In diesem Zusammenhang ist einer der großen Beiträge von Jellinek genau diese multidisziplinäre Perspektive auf den Staat und seine Verbindung zu sozialen Erscheinungen. Er versuchte, das Studium der Staatsrechtslehre aus der Sicht der Politik, der Sozialwissenschaften und der historischen Evolution zu erweitern. Es kann daher festgehalten werden, dass Jellinek in seiner Theorie einen Erkenntnissprung macht, insbesondere wenn er die Grundlagen der Geltung von Rechtsnormen auf der Basis der

psychologischen Überzeugung ihrer Legitimität vorlegt, und wenn er die Produktion von Rechtsnormen auf der Grundlage der normativen Kraft des Faktischen verknüpft und ein ethisches Minimum beschreibt, das für die Rechtsbeziehungen notwendig ist. Einige Autoren verteidigen nach wie vor die von Jellinek angenommenen Kriterien der interdisziplinären Analyse des Staates und behaupten, dass das auf der Arbeitsteilung basierende interdisziplinäre Verständnis, das sich nicht nur an der Verwendbarkeit außerrechtlicher Fragen, sondern auch an der Verwendbarkeit von Gerichtsverfahren in Paralleldisziplinen in der Rechtslehre des deutschen Staates orientiert, noch unterentwickelt ist (LEPSIUS, 2004, S. 84-85).

Auf jeden Fall hat Jellinek innoviert, indem er eine systematische Konstruktion präsentiert, die versucht zu erklären, wie die Herrschaftsverhältnisse und die Frage der staatlichen Souveränität zustande kommen, und die über die Theorien hinausgeht, die einfach die Staatsgewalt mit unbefriedigenden Begründungen erklärten und die nicht in der Lage waren, den Ursprung dieser Macht zu (er-)klären. Darüber hinaus stellten sie auch keine Formen der Beschränkung der staatlichen Macht zur Verfügung. Jellinek entwickelte daher eine Theorie, die versucht, die staatliche Gewalt in der Selbstkontrollfähigkeit des Staates zu begrenzen, der durch die Anerkennung seiner Mitglieder als Rechtssubjekte und gleichzeitig seiner Selbstbegrenzung ebenfalls zum Rechtssubjekt wird und die Ausübung seiner Macht einschränkt, was mit der Notwendigkeit einer Verfassung und der Gewährleistung subjektiver öffentlicher Rechte endet. So wurden und werden diese hervorgehobenen Punkte über Jellineks Theorie und Beiträge kritisiert, aber ebenso etablierten sie einen Punkt von extremer Relevanz für die Diskussion über die Staatstheorie.

#### **4. LITERATUR**

ANTER, Andreas. **Georg Jellinek (1851–1911)**. In: RÜDIGER VOIGT (Hrsg.). **Staatsdenken: Zum Stand der Staatstheorie heute**. Baden-Baden: Nomos, 2016.

ANTER, Andreas. **Modernität und Ambivalenz in Georg Jellineks Staatsdenken**. In: ANDREAS ANTER (Hrsg.). **Die normative Kraft des Faktischen: Das Staatsverständnis Georg Jellineks**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.

BRODOCZ, André. **Georg Jellinek und die zwei Seiten der Verfassung**. In: ANDREAS ANTER (Hrsg.). **Die normative Kraft des Faktischen: Das Staatsverständnis Georg**

Jellineks. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.

BRUGGER, Winfried. **Georg Jellinek als Sozialtheoretiker und Komunitarist**. In: WINFRIED BRUGGER, ROLF GRÖSCHNER, OLIVER W. LEMBCKE (Hrsg.). **Faktizität und Normativität**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

HÄBERLE, Peter. KILIAN, Michael. WOLFF, Heinrich. **Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts - IV. Georg Jellinek**. Berlin: Gruyter, 2015.

JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. Dritte Auflage. Berlin: Verlag Dr. Max Gehlen, 1966.

JESTAEDT, Matthias. **Der Staatsrechtslehre Hans Kelsen – Provokateur aus Leidenschaft: Vier Schlaglichter auf ein Jahrhundert wechselvoller Beziehung**. In: MATTHIAS JESTAEDT (Hrsg.). **Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre: Stationen eines wechselvollen Verhältnisses**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

KELSEN, Hans. Allgemeine Staatslehre. In: MATTHIAS JESTAEDT (Hrsg.) **Studienausgabe der Original 1925**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

KERSTEN, Jens. **Georg Jellineks System – Eine Einleitung: System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2011.

KOCH, Hans-Joachim. **Die staatsrechtliche Methode im Streit um die Zwei-Seiten-Theorie des Staates (Jellinek, Kelsen, Heller)**. In: STANLEY L. PAULSON. MARTIN SCHULTE (Hrsg.). **Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk**. Mohr Siebeck: Tübingen, 2000.

LEPSIUS, Oliver. **Die Zwei-Seiten-Lehre des Staates**. . In: ANDREAS ANTER (Hrsg.). **Die normative Kraft des Faktischen**. Das Staatsverständnis Georg Jellineks. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.

VAN KLINK, Bart. LEMBCKE, Oliver W. **Das mag in der Praxis richtig sein, taugt aber nicht für die Theorie: zum Verhältnis zwischen Faktizität und Normativität bei Jellinek und Kelsen**. In: WINFRIED BRUGGER, ROLF GRÖSCHNER, OLIVER W. LEMBCKE (Hrsg.). **Faktizität und Normativität**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

Data da submissão: 04/02/2023

Data da primeira avaliação: 10/04/2023

Data da segunda avaliação: 31/03/2023

Data da aprovação: 20/05/2023



**DIE DEBATTE ZWISCHEN ROBERT ALEXY UND RALF POSCHER:**

**EINE EINFÜHRENDE ANALYSE**

*THE DEBATE BETWEEN ROBERT ALEXY AND RALF POSCHER:*

*AN INTRODUCTORY ANALYSIS*

**Victor Lucas Silva da Conceição de Souza<sup>1</sup>**

**ZUSAMMENFASSUNG:** Die Grundrechtstheorie von Professor Robert Alexy ist weltweit als ein Meilenstein in der Grundrechtsdogmatik anerkannt. Vor allem in Brasilien wurde diese Theorie von der juristischen Gemeinschaft aufgegriffen und eingehend untersucht, wobei ein kritischer Ansatz zumeist fehlte. In diesem Sinne will der vorliegende Aufsatz dem Leser einen argumentativen Ansatz bieten, der einen kritischen Zugang zur Theorie von Robert Alexy darstellt. Damit erfüllt die Arbeit ihr Hauptziel: theoretische Alternativen für die Annäherung an die Theorie der Prinzipien aufzuzeigen und dem Leser Wege für eine breitere Debatte über die Theorie der Grundrechte zu eröffnen. Die Forschung hatte als wichtigste bibliographische Referenz die Werke und Artikel beider Autoren, die im gesamten Text zitiert werden. Auf diese Weise kann der Leser einen ersten Kontakt mit den Hauptgedanken der Prinzipientheorie Alexys herstellen und sie mit der von Poscher vorgetragenen Kritik vergleichen.

**Schlüsselwörter:** Grundrechtstheorie; Prinzipientheorie; Robert Alexy; Ralf Poscher.

**ABSTRACT:** Professor Robert Alexy's theory of fundamental rights is recognized worldwide as a milestone in fundamental rights dogmatics. Especially in Brazil, this theory has been taken up and studied by the legal community, mostly lacking a critical approach. In this sense, this essay aims to offer the reader an argumentative approach that presents a critical approach to the theory of Robert Alexy. In doing so, the paper fulfills its main objective: to present theoretical alternatives for approaching the theory of principles and to provide the reader alternative paths for a wider debate on the theory of fundamental rights. The research had as its main bibliographic reference the works and articles of both authors, which are mentioned throughout the text. In this way, the reader can make a first contact with the main ideas of Alexy's theory of principles and compare them with the criticism presented by Poscher.

**Key-words:** Theory of fundamental rights; Theory of Principles; Robert Alexy; Ralf

---

<sup>1</sup>Masterstudent (LL.M.) an der juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen. Stipendiat der Konrad-Adenauer-Stiftung. Mitglied der Deutschen Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie (IVR - Deutsche Sektion). Master in Philosophie an der philosophischen Fakultät der Bundesuniversität von Pará - Brasilien (PPGFIL - UFPA). Bachelorstudium in Rechtswissenschaften an der Universität von Amazonien – UNAMA. Email: victorsouza464@gmail.com; v.desouza@stud.uni-goettingen.de. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6831269541256640>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2359-5708>.

Poscher.

**Inhalt:** 1. Einleitung; 2. Die Rechtsnorm nach Robert Alexys *Theorie der Grundrechte*; 2.1. Text und Norm; 2.2. Regeln und Prinzipien als Normen; 2.3. Der *prima facie*-Charakter der Prinzipien; 3. Die Rolle der Prinzipien in der Prinzipientheorie: die Debatte zwischen Robert Alexy und Ralf Poscher; 3.1: „Debatte I“; 3.2: „Debatte II“; 3.3: „Debatte III“; 4. Schluss; 5. Literaturverzeichnis

## **1. EINLEITUNG**

Die vorliegende Arbeit zielt in erster Linie auf die Analyse der Debatte zwischen Robert Alexy und Ralf Poscher über die Rolle der Prinzipien in der Prinzipientheorie, zu deren größten Vertretern und Verbreitern Robert Alexy gehört. Diese Arbeit wird sich auf die Analyse der Schriften konzentrieren, die die Debatte ausmachen, sowie auf die Thesen, die in Alexys Hauptwerk *„Theorie der Grundrechte“* aufgestellt werden. Für die Darstellung der Hauptgedanken von Robert Alexy werden die Begriffe der Rechtsnorm, der Regeln und der Rechtsprinzipien erörtert. Anschließend wird die Entwicklung der Debatte zwischen den beiden Autoren über die Rolle der Prinzipien dargelegt. Obwohl in der Debatte zwischen diesen Autoren die Rolle der Regeln nicht im Mittelpunkt steht, soll hier behandelt werden, was Alexy unter einer Rechtsregel versteht, um dem Leser, der Alexys klassische Klassifizierung der Regeln nicht kennt, eine Erklärung näherzubringen.

Die vorliegende Arbeit ist expositorisch und zugleich propedeutisch angelegt. Es soll den Leser in das Gedankengut von Professor Robert Alexy einführen und richtet sich daher an Jurastudenten, die einen ersten Kontakt mit dem Werk des deutschen Juristen suchen. Darüber hinaus soll sie den Leser dazu einladen, die hier vorgestellten Ideen aus der Debatte zwischen Poscher und Alexy kritisch zu überdenken.

## **2. DIE RECHTSNORM NACH ROBERT ALEXYS THEORIE DER GRUNDRECHTE.**

Die Rechtsnorm als einer der Untersuchungsgegenstände der allgemeinen Rechts- und Verfassungstheorie wird seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, nach dem Zweiten Weltkrieg, neu diskutiert und untersucht. Bei dieser Untersuchung wird unermüdlich nach der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien gesucht. In den heutigen Rechtssystemen und in einem viel komplexeren sozialen Umfeld reiche die Rechtsnorm in den Modellen, die der klassische Rechtspositivismus (auch bekannt als

ideologischer Positivismus) aufgestellt hat, nicht mehr aus, um die meisten Sachverhalte zu lösen, da die positivierten normativen Instrumente allein in den meisten Fällen keine angemessene, fertige oder gar gerechte Lösung darstellen (STRECK, 2014, S. 20).

Als wichtigster Aspekt der intersubjektiven Beziehungen hat die Rechtsnorm das vorrangige Ziel, eine politisch und rechtlich organisierte Gesellschaft zu harmonisieren. Vom klassischen Rechtspositivismus bis hin zu dem, was die Lehre heute als Neo-Positivismus bezeichnet, hat die Lehre von den juristischen Regeln mehrere Analysen und Klassifizierungen durchlaufen. Hans Kelsen hat zu Beginn des 20. Jahrhunderts in seiner „*Reinen Rechtslehre*“ die Rechtsnorm als ein hypothetisches Urteil bezeichnet, das einen Sachverhalt und eine Rechtsfolge der Verwirklichung dieses Sachverhalts vorhersieht (REALE, 2011, S. 93).

Aus dieser vom klassischen Positivismus vorgeschlagenen Idee der Rechtsnorm ergibt sich ihre Struktur: Es gibt eine abstrakte Hypothese und eine Rechtsfolge, wenn diese hypothetische Situation eintritt. Wenn also beispielsweise eine Person auf brasilianischem Staatsgebiet jemanden tötet, handelt es sich um eine Handlung, die nach dem geltenden Strafgesetzbuch (Art. 121 brasil. StGB) verboten ist. So wird nach einer subsumtiven Argumentation (Hauptprämisse: Norm; Nebenprämisse: Tatsache) eine gesetzliche Sanktion verhängt (Freiheitsstrafe von sechs bis zwanzig Jahren).

Es ist wichtig, daran zu erinnern, dass dieses von Hans Kelsen formulierte Modell der Rechtsnorm nur eine der bestehenden Klassifizierungen von Rechtsnormen ist. In den heutigen Rechtssystemen lassen sich die Rechtsnormen nach ihrer Hierarchie, ihrem zwingenden Charakter und ihrer Struktur klassifizieren.

Hierarchisch lässt sich eine Unterteilung in verfassungsrechtliche und unterverfassungsrechtliche Rechtsnormen vornehmen. Erstere werden von dem ursprünglichen verfassungsrechtlichen Gesetzgeber geschaffen und in einer förmlichen Verfassung niedergelegt und stehen in der Hierarchie über allen anderen Regeln, während unterverfassungsrechtliche Regeln alle anderen rechtlichen Regeln sind, die eine niedrigere Hierarchie besitzen.

Aus der oben genannten Argumentation ergibt sich, dass die Rechtsnormen der unteren Hierarchie in einer gegebenen, gültigen und kohärenten Rechtsordnung mit der

Verfassungsnorm übereinstimmen müssen, wobei deren Voraussetzungen zu beachten sind, da sie aus ihr ihre Gültigkeitsgrundlage beziehen.

Die Rechtsnormen werden nach dem Grad ihres zwingenden Charakters in Regeln der privaten Ordnung und Regeln der öffentlichen Ordnung unterteilt. Die erste legt Rechte, Pflichten und Garantien in privaten Rechtsbeziehungen fest. Die zweite hingegen bezieht sich auf das öffentliche Interesse. Diese Regeln können die Willensautonomie der Staatsbürger einschränken und auf das Kollektiv abzielen.

Rechtliche Vorschriften können ihrer Art nach in erlaubende, verbietende und zulassende Vorschriften eingeteilt werden. Erlaubende Regeln legen ein positives Verhalten fest, das ausgeübt werden muss. Wenn Art. 14, § 1, I des brasilianischen Grundgesetzes festlegt, dass das Wählen obligatorisch ist und dass alle Bürger über 18 Jahre bei jeder Wahl wählen müssen, handelt es sich um eine Wahrnehmungsnorm, d.h. eine Norm, die eine Verpflichtung zu einem aktiven Handeln darstellt. Bei den Verbotsregeln wird eine Verpflichtung ausgesprochen, ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen. Ein Beispiel: Artikel 19, III des brasilianischen Grundgesetzes schreibt vor, dass es der öffentlichen Gewalt verboten ist, Unterschiede zwischen Brasilianern zu machen. Bei den erlaubenden Regeln schließlich handelt es sich um solche, die dem Einzelnen Rechte und Handlungen zugestehen, so dass er entscheiden kann, ob er die vom Gesetz vorgesehenen Wirkungen entfaltet oder nicht. Art. 14, § 1, e, des brasilianischen Grundgesetzes schreibt vor, dass Personen, die älter als sechzehn und jünger als achtzehn Jahre sind, wählen dürfen. Es ist also klar, dass diese Gruppe die Wahl hat, zu wählen oder nicht.

Schließlich lassen sich die Rechtsnormen ihrer Art nach in Verhaltens- und Organisationsnormen einteilen. In den heutigen Rechtssystemen überwiegen die Verhaltensregeln. Diese Regeln sind dafür gedacht, ein „Soll“, ein vom Gesetz erwartetes Verhalten, vorzuschreiben. Es handelt sich um Vorschriften, die ein hypothetisches Urteil darstellen, das nach dem ideologisch-positivistischen Modell der Rechtsnormen gedacht ist: eine binäre Struktur, in der sich das auszuübende Verhalten und eine entsprechende Rechtswirkung finden. Die organisatorischen Regeln hingegen enthalten im Gegensatz zu den Verhaltensregeln Verfahren, die einzuhalten sind, und schreiben bestimmte

Kompetenzen vor. Die Regeln, die die Organisation der Befugnisse von Gewerkschaften festlegen, sind Beispiele für Organisationsregeln.

## 2.1. Text und Norm

Eine weitere sehr umstrittene Frage im Zusammenhang mit der Untersuchung der Rechtsnorm im Besonderen und der allgemeinen Rechtstheorie ist der Unterschied zwischen Rechtstext und Rechtsnorm. In der Praxis werden die beiden Nomenklaturen synonym verwendet. Für die vorliegende Arbeit ist es notwendig, zwischen der Rechtsnorm und dem Rechtstext zu unterscheiden (COELHO, 2011, S. 77).<sup>2</sup>

In diesem Sinne ist die Auslegung eine Tätigkeit, die die "Rechtsnorm" zum Gegenstand hat, wobei die Ausdrücke „Rechtsnorm“ und "normative Aussagen" als Synonyme behandelt werden.

Aus der Theorie Alexys geht hervor, dass der Richter im Lichte eines konkreten Falles - und natürlich vor einem normativen Instrument - die Aufgabe hätte, den Sinn des positiven Textes zu enthüllen (ALEXY, 2020, S. 43).

Daher entspricht die normative Aussage dem schriftlichen Text im Gesetzestext, der keine Auslegung enthält. Die Rechtsnorm ist das Ergebnis, das sich aus dem Konflikt zwischen dem Gesetzestext und dem konkreten Sachverhalt ergibt, den der Richter zu lösen hat (BARROSO, 2011, S. 217).

Das heißt, die Rechtsnorm ist das Ergebnis der Auslegung des Richters angesichts eines konkreten Sachverhalts, wobei die normative Aussage Gegenstand seiner hermeneutischen Arbeit ist. Die Rechtsnorm ist das Wesen der normativen Aussage. Es ist das, was im konkreten Sachverhalt angewendet wird.

Zunächst ist zu betonen, dass es kein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Rechtstext und Rechtsnorm gibt (ÁVILA, 2014, S. 50). Es gibt Sachverhalte, in denen der Text eines bestimmten Gesetzes eine Rechtsvorschrift enthält, während das Gegenteil völlig akzeptabel ist. Es kann auch vorkommen, dass mehrere Normen aus ein und demselben

---

<sup>2</sup> “A interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – estabelecendo o seu sentido –, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas.”

Text hervorgehen, ebenso wie mehrere Rechtsnormen aus ein und demselben textlichen Mittel hervorgehen können.

## 2.2. Regeln und Prinzipien als Normen

Die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien ist nicht neu. Mit dem Entstehen des Neopositivismus und der Wiederaufnahme der Beziehung zwischen Rechtswissenschaft und Philosophie spielen die Rechtsprinzipien eine entscheidende Rolle bei der Lösung konkreter Sachverhalte, wodurch sie den Status einer Rechtsnorm erlangten und an Wirksamkeit gewannen.

Da es sich jedoch um ein eher unumstrittenes Thema handelt, ist es nur natürlich, dass die Diskussion über diese Unterscheidung zu hitzigen und endlosen Debatten innerhalb der allgemeinen Rechtstheorie führt und mehrere Klassifizierungen und Unterscheidungskriterien hervorbringt. Vor allem in der brasilianischen Rechtslehre gibt es eine Reihe von Diskussionen zu diesem Thema.

José Afonso da Silva stellt fest, dass die Prinzipien eine entscheidende Rolle spielen, die die verfassungsmäßigen Werte auf das gesamte Rechtssystem ausstrahlen und somit die Grundlage der Rechtsnormen bilden (SILVA, 2003, S. 93).

Nach diesem Verständnis werden Prinzipien nicht als Rechtsnormen verstanden. Prinzipien verhalten sich in dieser Klassifizierung eher wie Gültigkeitsgründe von Normen.

Ronald Dworkin, der die Unzulänglichkeit des klassischen positivistischen Modells erkannt hat, das als normative Arten nur die Rechtsnorm akzeptiert, schreibt neben den Normen auch den Rechtsprinzipien normative Kraft zu, da er davon ausgeht, dass der Richter bei der gegenwärtigen Komplexität der konkreten Alltagssituationen keine angemessene und gerechte Antwort für die Lösung dieser konkreten Sachverhalte findet und dann auf die Ressource des Ermessens zurückgreifen muss, die dem Richter einen Spielraum innerhalb der Grenzen des Gesetzes zur Schaffung von Recht einräumt (SILVA, 2003, S. 610). Dworkin verwendet auch ein Kriterium der logischen Unterscheidung:

The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule

stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision (DWORKIN, 1978, S. 24).

Nach dieser Klassifizierung sind die Regeln sofort und vollständig anwendbar. Regeln haben einen „All or nothing“ Charakter. Doch Prinzipien besitzen Rechtsgültigkeit. Sie unterscheiden sich von Regeln dadurch, dass sie in der Dimension des Gewichts angewendet werden. Unter bestimmten Umständen kann ein Prinzip Vorrang vor dem anderen haben. Es liegt auf der Hand, dass das unterliegende Prinzip weiterhin seine Rechtsgültigkeit nach außen trägt und unter anderen Umständen einen eventuellen Konflikt gewinnen kann.

Robert Alexy, der eine Studie über diesen Unterschied erstellte und in dieser die Bedeutung dieser Unterscheidung für die Untersuchung der Grundrechte hervorhebt, stuft die Regeln und Prinzipien jedoch als Rechtsnormen ein. Das heißt, es handelt sich um normative Unterarten, die ein Sollen vorschreiben, bei dem die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien einem qualitativen Charakter hat, und nicht einem graduellen, was die Notwendigkeit eines präzisen Unterscheidungskriteriums unterstreicht (ALEXY, 2020, S. 72).

Nach Alexy sind Prinzipien Optimierungsgebote, d.h. sie verlangen, dass etwas im Rahmen der rechtlichen und faktischen Möglichkeiten in seiner Gesamtheit durchgeführt wird. Es liegt auf der Hand, dass der Vollstrecker einer Rechtsnorm bei ihrer Anwendung einige Kriterien beachten und einige Besonderheiten des konkreten Falles berücksichtigen muss, um ein zufriedenstellendes Ergebnis zu erzielen.

Unter Berücksichtigung dieser Besonderheiten kann es also bei der Lösung konkreter Fälle zu normativen Konflikten kommen. In einem Rechtssystem kann es auch zu einem Konflikt zwischen Regeln oder einer Kollision zwischen Prinzipien kommen. Wenn es einen Konflikt zwischen Rechtsnormen gibt, liegt das daran, dass es zwei widersprüchliche Beurteilungen des Sollens gibt. Würden diese Regeln einzeln analysiert und angewandt, käme man zu zwei unterschiedlichen rechtlichen Ergebnissen (ALEXY, 2020, S. 77).

Bei einem möglichen Normenkonflikt kann die Lösung darin bestehen, dass eine der Regeln für ungültig erklärt wird oder eine Ausnahmeklausel eingeführt wird, da es

logisch unmöglich ist, dass zwei Regeln, die entgegengesetzte Rechtsfolgen vorschreiben, im selben konkreten Sachverhalt gelten. Alexy präsentiert ein sehr didaktisches Beispiel zur Lösung dieser Art von Konflikten: Bevor der Alarm läutet, dürfen die Schüler den Klassenraum nicht verlassen; wenn der Feueralarm ertönt, müssen die Schüler den Raum verlassen. In der ersten Situation besteht die von der Vorschrift vorausgesetzte Pflicht darin, eine Handlung zu unterlassen. In der zweiten Situation besteht die Verpflichtung, den Raum zu verlassen. Es gibt zwei rechtliche Ergebnisse, die einander entgegengesetzt sind. Daher ist die Einfügung einer Ausnahmeklausel in die erste Regel (Auslösung des Feueralarms) geeignet, den Konflikt zu lösen. Besteht keine Möglichkeit, dass eine Ausnahmeklausel existiert, muss eine der Regeln für ungültig erklärt werden (*Lex posterior derogat legi priori und Lex specialis derogat legi generali*) (ALEXY, 2020, S. 77).

Es wird darauf hingewiesen, dass Regeln, die eine Art von Rechtsnormen darstellen, auf der Ebene der Gültigkeit stehen: Entweder erfüllen die Regeln genau das, was sie vorschreiben, oder sie erfüllen es nicht (Alles-oder-Nichts Gesetz). Der Charakter von Rechtsnormen ist nicht abstufbar. Bei ihrer Anwendung wird keine Abwägung vorgenommen (ALEXY, 2020, S. 77).

Die Prinzipien hingegen befinden sich in der Dimension des „Gewichts“. Bei dieser normativen Unterart gibt es weder eine Ungültigkeit noch eine Hierarchie. Kollisionen zwischen Prinzipien werden nach einer völlig anderen Methode gelöst als Konflikte zwischen Regeln (ALEXY, 2020, S. 82).

Wenn in einem bestimmten Sachverhalt ein Konflikt zwischen den Prinzipien besteht, ist es für die Lösung des konkreten Sachverhalts erforderlich, dass eines der Prinzipien Vorrang vor dem anderen hat. Im Gegensatz zu Vorschriften wird das besiegte Prinzip jedoch nicht für ungültig erklärt, sondern genießt volle Gültigkeit und normative Kraft. Nichts spricht dagegen, dass unter anderen Umständen das unterliegende Prinzip über das siegende Prinzip sich durchsetzen kann (ALEXY, 2020, S. 83).

Anhand von Alexys Überlegungen zum Konflikt von Regeln und zur Kollision von Prinzipien ist es jedoch angebracht, nach der Möglichkeit eines möglichen Konflikts zwischen den beiden normativen Unterarten zu fragen. Für die Zwecke dieses Beitrags ist



die von Alexy in seiner Grundrechtstheorie verwendete Klassifizierung ausreichend. Daher wird diese Art von Konflikten hier nicht weiter erörtert.

### 2.3. Der *prima facie*-Charakter der Prinzipien

Ein weiterer wichtiger Punkt in der Grundrechtstheorie von Alexy ist der *prima facie*-Charakter der beiden Unterarten von Normen. Wie bereits erwähnt, werden die Regeln in definitiver Weise angewandt, die in der Gültigkeitsstufe festgehalten werden, wodurch auf die Abwägung verzichtet wird. Die Prinzipien hingegen sollten auf der Ebene der Abwägung angewendet werden, die bei einem eventuellen Konflikt mit anderen Normen derselben Art abgewogen werden müssen.

Dies setzt die Überprüfung des normativen Charakters zwischen Regeln und Prinzipien voraus. Damit die Vorschriften nicht mehr endgültig angewendet werden, muss eine Ausnahmeklausel eingeführt werden, die ihren *prima facie*-Charakter stärkt. Prinzipien hingegen erfordern eine argumentative Belastung für den Regeldurchsetzer. Dieser argumentative Vorwurf hat die Funktion, die juristische Entscheidung zu kontrollieren und sie vor Willkür und Irrationalität zu schützen. Der Richter muss rational begründen, warum er sich unter den Bedingungen „X“ für einen Grundsatz P1 zum Nachteil des Grundsatzes P2 entschieden hat (ALEXY, 2020, S. 88).

## **3. DIE ROLLE DER PRINZIPIEN IN DER PRINZIPIENTHEORIE: DIE DEBATTE ZWISCHEN ROBERT ALEXY UND RALF POSCHER**

Dieser letzter Abschnitt des Aufsatzes wird sich mit der Debatte zwischen den bereits vorgestellten deutschen Autoren (Robert Alexy und Ralf Poscher) befassen. Bevor auf den Inhalt der Debatte eingegangen wird, sind einige Bemerkungen zu dieser Debatte erforderlich.

Zunächst ist festzustellen, dass die Debatte nicht nur eine Phase der Entwicklung kennt. Im Gegenteil: Die Debatte wird allgemein in drei Phasen gegliedert.

Die erste Phase ist gekennzeichnet durch die Artikel „*Zur Struktur der Rechtsprinzipien*“ (Jahr 2000) und „*Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*“ (Jahr 2007), verfasst von Professor Robert Alexy bzw. Ralf Poscher.

Die zweite Phase der Debatte beginnt mit der Veröffentlichung des Artikels „*Ideales Sollen*“, den Professor Alexy im Jahr 2009 verfasst hat. Als Antwort auf diesen Artikel veröffentlicht Poscher 2010 die „*Theorie eines Phantoms - Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand*“.

Schließlich findet die Debatte in einem dritten Moment statt, der 2017 mit der Veröffentlichung von Robert Alexy mit dem Titel „*Ideal 'Ought' and Optimization*“ beginnt. Dies wiederum wird von Poscher im Jahr 2020 in dem Artikel „*Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's latest Attempt to save his Concept of Principle*“.

Die zweite Bemerkung bezieht sich auf den Gegenstand der Debatte. Man sollte bedenken, dass es in der Debatte nicht um Fragen der Abwägung oder gar um Optimierungsaufträge geht. Gegenstand der Debatte ist ausschließlich die Erörterung des Begriffs des Rechtsprinzips in der Prinzipienlehre von Robert Alexy. In diesem Sinne muss man feststellen, dass die hier behandelten Autoren über die Rolle der Prinzipien in der Theorie von Alexy erörtern. Wir haben es hier mit einer theoretischen Meinungsverschiedenheit zu tun, die sich zwischen einer qualitativen Unterscheidung (Alexy) und einer graduellen (Poscher) über den Begriff der Prinzipien auf tut.

Aus didaktischen Gründen werden in diesem Aufsatz die Bezeichnungen „Debatte I“, „Debatte II“ und „Debatte III“ verwendet, um die drei oben beschriebenen Phasen zu bezeichnen.

### 3.1. „Debatte I“

In dieser ersten Phase der Debatte, die im Jahr 2000 mit der Veröffentlichung von *Zur Struktur der Rechtsprinzipien* begann, greift Alexy die in seinem Werk „*Theorie der Grundrechte*“ dargelegten Ideen auf. Rechtsnormen können entweder als Regeln oder als Prinzipien dargestellt werden. In der Bedingung von Prinzipien, müssen sie von der Optimierungsthese beherrscht werden. Das heißt, sie sollten so weit wie möglich unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände des konkreten Falles durchgeführt werden.

In diesem Sinne sagt Alexy Folgendes:

Nach der Standarddefinition der Prinzipientheorie sind Prinzipien normen, die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die tatsächlichen und rechtlichen

Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind demnach *Optimierungsgebote*, die dadurch charakterisiert sind, daß sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von der rechtlichen Möglichkeiten abhängt. (ALEXY, 2000, S. 32)

So verteidigt Alexy erneut die Idee, dass die Prinzipien in unterschiedlichem Maße erfüllt werden können und auch durch die Abwägung angewendet werden.

Andererseits sind Regeln Definitionsgebote, die durch Subsumtion angewendet werden. Außerdem muss in einem Konflikt zwischen Regeln eine der Regeln für ungültig erklärt oder eine Ausnahmeklausel eingeführt werden, damit die andere angewendet werden kann. Dazu sagt Alexy Folgendes:

Ein Konflikt zwischen zwei Regeln kann nur dadurch gelöst werden, daß entweder eine Ausnahmeklausel in eine der beiden Regeln eingefügt oder mindestens eine der Regeln für ungültig erklärt wird (ALEXY, 2000, S. 33).

Daraus wird ersichtlich, dass Alexy weiterhin Regeln und Prinzipien als Arten von Normen darstellt, die nach der Logik der Gültigkeit und des Gewichts angewandt werden.

Im Gegensatz zu dieser These veröffentlicht Poscher im Jahr 2007 den Artikel *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*. In diesem Aufsatz verteidigt Poscher die Idee, dass Regeln die einzige Art von Normen sind. Diese werden wiederum in Definitions- und Optimierungsgebote unterteilt. Definitionsgebote werden durch Subsumtion angewandt. Optimierungsaufträge hingegen werden durch Abwägen umgesetzt. Dazu sagt Poscher Folgendes:

Eine Analyse des Umgangs der Rechtsordnung mit Normkollisionen zeigt hingegen, dass Regeln und Prinzipien identisch strukturiert sind und sich nicht in ihrer Struktur, sondern nur in den kontingenten Inhalten einer einheitlichen Struktur unterscheiden. Dies wird deutlich, wenn in den Blick genommen wird, wie und wie unterschiedlich Normkollisionen bewältigt werden. Auf Normkollisionen reagiert die Rechtsordnung mit Kollisionsregeln, die ganz unterschiedliche Inhalte haben und je nach Darstellung als selbstständige Regeln gedacht oder als Ausnahmetatbestände in die Regeln integriert werden können. Diese Kollisionsregeln führen dann dazu, dass entweder eine der kollidierenden Normen außer Kraft tritt, oder in eine der Normen oder in beide Ausnahmetatbestände eingearbeitet werden, die die Normkollision vermeiden. Das Gebot der optimierenden Abwägung ist dabei nur ein möglicher Inhalt eines solchen Ausnahmetatbestandes. Die optimierende Abwägung unterscheidet sich inhaltlich von anderen Ausnahmetatbeständen, wie sich auch andere

Ausnahmetatbeständen, wie sich auch andere Ausnahmetatbestände inhaltlich voneinander unterscheiden. Die unterschiedlichen Inhalte der Ausnahmetatbestände lassen jedoch die Struktur der Normen unberührt. So wie der Lex-posterior-Grundsatz keinen strukturell eigenen Normtyp prägt, so zeichnet auch der Abwägungsgrundsatz keinen strukturell eigenen Normtyp aus. (POSCHER, 2007, S. 65-66)

In diesem Sinne bestehen die Rechtsnormen für Poscher nur aus Regeln, die Optimierungs- oder Definitionsgebote sein können. Optimierungsgebote unterscheiden sich von Definitionsgeboten nicht durch ihre normative Struktur. Prinzipien haben ihrerseits keine normative Kraft.

### 3.2. „Debatte II“

Die zweite Phase der Debatte begann mit der Veröffentlichung des Artikels von Professor Alexy *Ideales Sollen* im Jahr 2009. In dieser Arbeit möchte Alexy auf Ralf Poscher eingehen, indem er seine These deutlich umstrukturiert. Offensichtlich übernimmt Alexy den von Poscher vorgestellten Begriff der Norm, mit dem Unterschied, dass Prinzipien weiterhin einen normativen Charakter haben.

Der Logik dieser von Alexy vorgestellten neuen Formulierung folgend, haben Normen als Arten nur Regeln, die in Definitions- und Optimierungsgebote unterteilt sind. Regeln als „Alles oder Nichts“ Gebote beziehen sich auf konkrete Sachverhalte. In diesem Sinne werden sie weiterhin nach der Subsumtionsmethode angewendet.

Andererseits können Regeln auch optimierende Gebote sein. Und hier finden wir die wichtigste Umformulierung der Theorie von Alexy: Die Objekte der Regeln als optimierende Gebote sind die Prinzipien. Letztere wiederum beziehen sich auf eine ideale Pflicht zum Sein, die nach dem Abwägungsgesetz angewandt wird. Diesbezüglich argumentiert Alexy wie folgt:

Sieckmann und Aarnio haben zu Recht hervorgehoben, daß Optimierungsgebote insofern Regeln, also definitive Gebote, sind, als sie definitiv die Optimierung und nicht ein durch Abwägung je nach den Umständen zu bestimmendes optimales Maß der Optimierung fordern. Poscher glaubt hier eine „rechtstheoretische (Selbst-) Widerlegung“ der Prinzipientheorie sehen zu können. Ich habe versucht, das Problem durch die Unterscheidung zwischen *zu optimierenden Geboten* und *Geboten zu optimieren* zu lösen. Die Optimierungsgebote als Gebote zu optimieren drücken ein definitives und in diesem Sinne reales Sollen aus. Demgegenüber enthalten die Prinzipien als zu optimierende Gebote nur ein ideales oder *Prima-facie*-Sollen. (ALEXY, 2009, S.

22)

In diesem Sinne verteidigt Alexy die Idee, dass Prinzipien eine ideale Dimension beinhalten. Das heißt, die Prinzipien bieten eine mögliche Richtung an. Die Prinzipien können also nicht auf konkrete Fälle angewandt werden. Das heißt, Prinzipien sind Gebote, die es zu optimieren gilt, und nicht Optimierungsgebote.

Als Antwort auf Alexys neue These veröffentlichte Poscher 2010 die *Theorie eines Phantoms - Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand*. In diesem Aufsatz versucht Poscher zu zeigen, dass Normen nicht ein ideales Sollen besitzen, sondern normative Inhalte, die auf konkrete Sachverhalte ausgerichtet sind. Poscher bleibt bei seiner Position, dass Regeln die einzige Art von Normen sind, entweder als Definitionsgebote oder als Optimierungsgebote. Ihr Inhalt ist immer eine echte Pflicht. Dazu sagt Poscher Folgendes:

Nach der von Alexy vorgeschlagenen Rekonstruktion ist der Gegenstand des Optimierungsgebots seinerseits ein Gebot, ein Gebot mit idealem Charakter, ein „ideales Sollen“. Der Rekonstruktionsversuch verkennt jedoch, dass der Gegenstand von Optimierungsgeboten regelmäßig nicht auf, Normen zu optimieren, sondern richten sich auf faktische Gegenstände. Optimierungsgebote sind in der Regel nicht reflexiv in dem Sinn, dass sie Gebote zur Optimierung von Geboten - geschweige denn von idealen Geboten - zum Ausdruck bringen. Ein auf die Meinungsäußerungsfreiheit bezogenes Optimierungsgebot gibt auf, den empirischen Sachverhalt der Freiheit der Meinungsäußerung zu optimieren; es gibt nicht auf, das Gebot der Freiheit der Meinungsäußerung zu optimieren. Optimierungsgeboten geht es in der Regel um die Verbesserung empirischer Sachverhalte, nicht reflexiv um die Verbesserung der Normen. Sie fordern Meinungsfreiheit, nicht eine Verbesserung der Meinungsfreiheit. (POSCHER, 2020, S. 355)

In diesem Sinne lässt sich schlussfolgern, dass Poscher die These vertritt, dass Rechtsnormen nicht ein „ideales Sollen“ zum Gegenstand haben, sondern ein „reales Sollen“. Die Prinzipien wiederum werden überflüssig, da sie nicht mehr Gegenstand von Rechtsnormen sind. Daher auch der Name „Theorie eines Phantoms“.

### 3.3. „Debatte III“

Die dritte Phase der Debatte begann im Jahr 2017, als Professor Robert Alexy sein Papier mit dem Titel „Ideal 'Ought' and Optimization“ veröffentlichte. In diesem Beitrag vertritt Professor Alexy die These, dass Prinzipien nach wie vor eine normative Funktion

haben.

In diesem Aufsatz bestätigt Professor Alexy die These, dass Regeln die einzige Art von Normen sind. Regeln können die Optimierungsgebote und Definitionsgebote stellen ein „reales Soll“ dar. Andererseits stellen Optimierungsregeln ein ideales „Soll“ dar. In dieser letzten Unterkategorie sind die Prinzipien zu finden.

Der Unterschied besteht also darin, dass Regeln keine Kollisionen zwischen Prinzipien erklären können. Prinzipien hingegen können die bestehenden Kollisionen erklären. Dazu sagt Alexy Folgendes:

Rules aside, the legal possibilities are determined essentially by opposing principles. For this reason, principles, each taken alone, always comprise merely *prima facie* requirements. The determination of the appropriate degree of satisfaction of one principle relative to the requirements of other principles is brought about by means of balancing. Thus, balancing is the specific form of the application of principles. By contrast, rules are norms that require something determinate. They are definitive commands. Their form of application is subsumption. (ALEXY, 2017, S.190)

Als Antwort auf diese These veröffentlichte Poscher im Jahr 2020 den oben genannten Artikel. In dieser Arbeit vertritt Poscher die These, dass Prinzipien keinen normativen Charakter besitzen, da sie nur ein ideales Sollen postulieren.

Wie bereits festgestellt, erkennt Poscher Prinzipien nicht als Normen an; Regeln sind die einzige Art von Rechtsnormen.

In diesem Aufsatz erklärt Poscher, dass Regeln in Definitions- und Optimierungsgebote unterteilt werden. Beide postulieren ein reales Sollen. Der Unterschied liegt darin, dass Definitionsgebote durch Subsumtion angewendet werden. Auf der anderen Seite werden die Optimierungsgebote durch Abwägung angewendet.

Laut Poscher setzen die Optimierungsgebote keine widersprüchlichen Objekte voraus. Darin liegt kein logischer Widerspruch (formales Argument). Die Prinzipien ihrerseits stellen nur ein ideales Sollen. Auf diese Weise beschäftigen sie sich nicht mit Normen oder einem realen Sollen (wesentliches Argument) (POSCHER, 2020, S. 142).

#### **4. SCHLUSS**

Die Theorie der Prinzipien von Professor Robert Alexy ist nach wie vor aktuell und

stellt einen Meilenstein in der Theorie der Grundrechte dar. Dies zeigt die gegenwärtige Debatte mit Professor Ralf Poscher, welcher wichtige und entscheidende Kritik an der Theorie von Alexy übt. Der vorliegende Text wurde verfasst, weil insbesondere im brasilianischen Kontext ein kritischer Beitrag zu Robert Alexys Theorie der Prinzipien fehlte. Die vorliegende Debatte zwischen den beiden Autoren ist daher von entscheidender Bedeutung, da sie der interessierten Öffentlichkeit alternative Wege zum Nachdenken über die Grundrechtstheorie aufzeigt und die Entwicklung neuer Ideen auf dem Gebiet der Grundrechtsdogmatik anregt.

## 5. LITERATURVERZEICHNIS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 9. Auflage. Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 2020.

ALEXY, Robert. Ideales Sollen. In: Clerico, Laura; Sieckmann, Jan-Reinard (Orgs.). **Grundrechte, Prinzipien und Argumentation**. Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 21 -38.

ALEXY, Robert. Zur Struktur der Rechtsprinzipien. In: Schilcher, Bernd; Koller, Peter; Funk, Bernd - Christian (Orgs.). **Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts**. Viena: Verlag Österreich, 2000, S. 31 - 52.

ALEXY, Robert. Ideal ‚Ought‘ and Optimization (Ideales Sollen und Optimierung). In: Saliger, Frank; Kim, Young-Whan; Mylonopoulos, Christos; Yamanaka, Keiichi; Zheng, Yongliu.; Tyavares, Juarez (Orgs.). **Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid neumann zum 70. Geburtstag**. Heidelberg: C. F. Müller, 2017, S. 17 - 30.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Harvard university press. Cambridge, 1978.

POSCHER, Ralf. Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie. In: Sieckmann, Jan- Reinard (Org.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos, 2007 S. 59 - 80.

POSCHER, Ralf. **Theorie eines Phantoms** : Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand. *Rechtswissenschaft*, v. 4. N. 1, S. 349-378, 2010.

POSCHER, Ralf. **Resuscitation of a Phantom?** On Robert Alexy's latest attempt to save his concept of principle. *Ratio Juris*, v. 33, n. 2, S. 134-149, 2020

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais** 1 (2003): 607-630.

STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Data da submissão: 15/02/2023

Data da primeira avaliação: 27/04/2023

Data da segunda avaliação: 17/05/2023

Data da aprovação: 20/05/2023



**ORALIDAD, INMEDIACIÓN, SEGOS COGNITIVOS Y SOCIALES EN LOS  
PROCESOS NO PENALES***ORALITY, IMMEDIATION, COGNITIVE AND SOCIAL BIASES IN NON-CRIMINAL  
PROCEDURES***Carlos Martín Villanueva<sup>1</sup>****Carolina Arriola<sup>2</sup>****Carlos Isidro Bustos<sup>3</sup>**

**RESUMO:** El presente trabajo asume que la oralidad y la intermediación (principio de intermediación) son capaces de proveer un contexto adecuado para lograr una mayor y mejor producción de información, con lo cual se garantizan decisiones judiciales más acertadas, por cuanto permiten el contacto directo del juez o jueza con la prueba. Ahora bien, este necesario fenómeno experimental de percepción, de experiencia sensorial, genera situaciones que lo hacen especialmente permeables a los sesgos implícitos cognitivos y sociales. En este trabajo se identifican algunos de los sesgos sobre los que existe mayor consenso desde la doctrina de los especialistas y se presenta una propuesta tendiente a minimizar su influencia, ante la toma de decisiones judiciales.

**Palabras claves:** Oralidad; intermediación; imparcialidad; sesgos.

**ABSTRACT:** The present work assumes that orality and immediacy (principle or procedural immediacy) are capable of providing an adequate context to achieve a greater and better production of information, which guarantees more accurate judicial decisions, since they allow direct contact of the judge with the evidence (direct apprehension). Now, this necessary experimental phenomenon of perception, of sensory experience, generates situations that make it especially permeable to implicit cognitive and social biases. This paper identifies some of the biases on which there is a widespread consensus from the specialists and presents a proposal tending to minimize their influence, before making judicial decisions.

---

<sup>1</sup> Abogado, Magister en Derecho y Argumentación Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y Doctorando en la Facultad de Filosofía de la UNC. E-mail: carlos.villanueva@ues21.edu.ar; carlosvillanueva2608@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8133-1298>.

<sup>2</sup> Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). E-mail: arriolacarolina@hotmail.com; carolinaarriola@ues21.edu.ar. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8642-504X>

<sup>3</sup> Juez Civil y Comercial Provincia de Córdoba. Abogado. Maestrando en derecho procesal Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. E-mail: bustoscba@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-6057-3877>.

**Key-words:** Orality; immediacy; impartiality; biases.

**Sumário:** 1. Introducción; 2. Inmediación y sesgos; 3. aproximación a la incidencia de los sesgos; 4. Sesgos cognitivos, estereotipos y sesgos implícitos sociales; 5. La capacitación como mecanismo de control y estereotipos; 6. Lineamientos para la capacitación sesgos y estereotipos. 7. Conclusión y propuesta

## 1. INTRODUCCIÓN

Las cuestiones relacionadas con la intermediación en el proceso civil oral (proceso no penal) y la prueba, pueden ser problematizadas cuando se introduce una advertencia necesaria sobre los sesgos cognitivos de la persona del juez o jueza, que es quien recepta o valora la prueba.

El presente trabajo plantea y reafirma, que el proceso de audiencias (oralidad) y la intermediación, constituyen un sistema y principio procesales deseables en toda política judicial, pues implican y garantizan la permanente e íntima vinculación personal entre la persona que juzga (juez, jueza o tribunal) con los restantes sujetos y elementos que intervienen en el proceso. Sin embargo, se reitera que por esa *deseable* vinculación directa del juez con las partes y los medios de prueba (intermediación), y en virtud del contacto personal, se generan situaciones que resultan especialmente permeables a los sesgos cognitivos, lo que puede implicar la desviación (aun aquella involuntaria e inconsciente) de los estándares de racionalidad.

En determinadas circunstancias, como es en la práctica de la prueba en procesos orales, se manifiesta de manera muy clara dicha permeabilidad del juzgador a los sesgos, y por tal motivo, se justifica la imperiosa necesidad de señalarlos.

En sucesivas líneas se identifican algunos de los sesgos sobre los que existe un mayor consenso desde la doctrina de los especialistas.

Finalmente, se presenta una propuesta inicial tendiente a minimizar la influencia de los mismos, ante la toma de decisiones judiciales vinculadas a la intermediación y la prueba en los procesos civiles orales.

## 2. LA VINCULACIÓN ENTRE INMEDIACIÓN Y SESGOS

Es lugar común sostener desde el derecho procesal, que, aunque la oralidad no sea

el único<sup>4</sup>, ella se constituye en el mejor instrumento para garantizar su implementación y eficacia. De allí que, cuando en las actuales reformas procesales<sup>5</sup> se reivindica la necesidad de un proceso civil oral (proceso por audiencias), en rigor lo que se pretende es que exista intermediación entre el juzgador, las partes y el material probatorio (Duce y Riego, 2008, p. 14). Esto se explica porque la intermediación -lograda gracias a la oralidad- importa una pauta o criterio orientador que procura conformar las normas procesales y de organización judicial; pero también es un método que entrega mejores herramientas para la producción y depuración de la información en el proceso. Así, se considerarán mejores prácticas aquellas capaces de proveer un contexto adecuado para mayor producción y mejor información, en consecuencia, arribar a las más acertadas decisiones. Este argumento es el que justifica que los últimos movimientos de reformas legislativas lo tengan como pilar y piedra basal de su estructura (Pereira Campos, 2002).

A modo de ejemplo el principio de intermediación se plasma en el artículo 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que dispone:

Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente...

Ahora bien, este principio que se reitera deseable, es de condición necesaria para lograr un proceso mejorado en la *calidad de la información* que incorpora en cada audiencia y conforme a la cual, la jueza o juez deberá adoptar una decisión, que por su propia naturaleza

---

<sup>4</sup> Chiovenda decía que: “*El principio de la “inmediatezza” tiene una estrecha relación con el principio de la oralidad, puesto que en la aplicación más consecuente de la oralidad la relación entre las partes y entre las partes y el juez, es precisamente directa e inmediata; pero no existe ahí coincidencia absoluta entre los dos principios, y puede tenerse “inmediatezza” en el proceso escrito y mediatez en proceso oral*” (1922, pág.174)

<sup>5</sup> La impronta es propiciada asimismo por organizaciones internacionales como el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En un estudio preparado por el Centro de Estudios de la Justicia para las Américas (CEJA) a petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se afirma que el hecho de que “el juicio oral sea considerado el elemento central del debido proceso significa que, a lo menos en el contexto cultural moderno en el que esas garantías se han desarrollado, resulta imposible imaginar cada uno de los derechos específicos consagrados en los instrumentos internacionales, sin referirlos a la idea de una audiencia oral y pública, desarrollada ante un tribunal imparcial”. Véase: “Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina”. Cf: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1138>

muestra una especial fragilidad ante la influencia de los sesgos cognitivos. Entonces, ¿Cuáles son los supuestos en los que ello puede ocurrir?

Desde algunos lugares de la doctrina y especialmente desde la jurisprudencia se sostiene que en todos aquellos procesos donde reina la inmediación, los jueces o juezas gozan de una extraordinaria capacidad subjetiva para interpretar los gestos y códigos del lenguaje no verbal en las audiencias y que a través de la declaración de las partes, los expertos o testigos, generan un “contacto directo” con los hechos del caso y por medio del cual se puede desentrañar la verdad del caso, pues tuvo una “una impresión lo más fresca y directa acerca de las personas y los hechos” (Baumann, 1986, p. 87).

Es común leer en textos doctrinarios o sentencias, las siguientes afirmaciones: si el testigo está nervioso, miente. Si la parte no mira a los ojos al declarar es altamente probable que mienta.

Así lo relata la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal:

*Comenzó por señalar el a quo, como fruto de la inmediación con el testimonio de la damnificada, que “...al examinar la declaración de xxxx el Tribunal advierte que ella ofrece un relato coherente y claro respecto de lo sucedido y que al efectuarlo la mujer demostró un compromiso emocional que reflejaba la vívida evocación de lo sucedido. Basta recordar **la retracción de su expresión** cuando se le requirió que precisara el modo en que se llevaron a cabo los tocamientos para advertir la afectación que la mera evocación le provocaba... (19/08/2019<sup>6</sup>).*

En una sentencia dictada en sede civil se dijo lo siguiente:

“Corresponde condenar al banco demandado a indemnizar a la actora el daño ocasionado por la realización de débitos en la caja de ahorro en concepto de servicios de seguro de mascotas, pues si bien se acreditó la autenticidad de la firma de aquella inserta en el contrato, **en la audiencia celebrada en el proceso pudo advertirse la expresión de sorpresa en su rostro** sumado a sus dichos de que no tenía mascotas, de lo cual se concluye que contrató un seguro de protección de mascotas sin tenerlas” (El subrayado aquí se incorpora)<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Cf: <https://www.juschubut.gov.ar/images/OM/observatorio/sentencias/25-Soto.pdf>

<sup>7</sup> Partes: R. N. M. c/ Banco Patagonia S.A. s/ menor cuantía Tribunal: Juzgado de Paz de Viedma. Fecha: 24-nov-2020. Jordi Ferrer (2020) cita un fallo del Tribunal Constitucional, donde se consideró (STC 217/1989) intrínseco a la inmediación y la libre valoración de la prueba el examinar gestos de los intervinientes en la misma, tales como la turbación o la sorpresa, a través de los cuales pueda el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración (...), con respecto a los cuales el juzgador de instancia es dueño de su valoración.

Sin embargo, los estudios de la psicología del testimonio han afirmado que los seres humanos “tienen una escasa capacidad para detectar la mentira a simple vista” y que valorar la credibilidad a través de elementos no verbales resulta una práctica que no arroja certezas absolutas dado que, si bien hay reacciones comunes entre los humanos, cada persona puede reaccionar de forma distinta ante un mismo episodio (Manzanero, 2008). Por otro lado, una rama de la psicología conductista, cuyo objeto de estudio se centra en el comportamiento de la persona que declara y no en su contenido, afirma que en ciertas y determinadas circunstancias es posible detectar la mentira a partir de algunas microexpresiones faciales, como por ejemplo las “expresiones del rostro para lo que es necesario sólo una fracción de segundo” (Ekman, 1992).

Si bien problematizar la posibilidad de que los jueces o juezas tengan capacidad de descubrir la verdad en un proceso judicial no es el objetivo de este trabajo. Por eso, es pertinente señalar, en cambio, que la vinculación entre la intermediación como medio de contacto personal, es especialmente permeable a los sesgos.

Se puede describir como ejemplo, cuando una persona al declarar (testigo, perito o parte) se muestra nerviosa o preocupada y que la razón por la que así se manifiesta sea un gran interés por ser escuchada y que se le crea; o en su lugar suponer que se trata de un mentiroso que teme ser descubierto. Esta creencia de dar por reconocido el motivo de una emoción sin considerar que esta pueda obedecer a una causa totalmente distinta, se conoce como el “Error de Otelo”, quien consideró culpable a Desdémona cuando llora al comprender que no puede demostrar su inocencia (De Antoni, 2021). Ello supone un importante sesgo en la evaluación de la credibilidad. En estos casos se observa de manera clara la permeabilidad de la persona que juzga a los sesgos implícitos cognitivos y sociales y ello es lo que justifica la imperiosa necesidad de señalar dichos sesgos, a los fines de proponer algún modo de minimizar su influencia.

A continuación, se señalan algunos de los sesgos sobre los que existe mayor consenso desde la doctrina de los especialistas.

### **3. APROXIMACIÓN A LA INCIDENCIA DE LOS SESGOS**

La intermediación como principio procesal de “contacto directo del juez o jueza con la prueba” supone un necesario fenómeno experimental, de práctica o experiencia sensorial, que vive la persona que juzga (el propio juez, jueza o tribunal) cuando toma contacto directo con la fuente de prueba.

Es difícil que de esta experiencia sea admisible derivar conclusiones o valoraciones que, por un lado, no tengan relación o explicación con el fenómeno experimentado y, por otro lado, que no puedan luego corroborarse de manera alguna (Sedlacek, 2020, p. 151).

Aquí es donde necesariamente existe, frente a los justiciables, el deber de los jueces y del poder judicial de mitigar, obstaculizar y restringir los efectos de los estereotipos y sesgos. Especialmente, se trata de dejar en evidencia cómo algunos de estos sesgos afectan especialmente a los procesos civiles orales por el sistema de audiencias.

Como afirmamos en el XXXI Congreso de Derecho procesal (Villanueva, 2022) en la actualidad, si bien los sesgos cognitivos y los ideológicos una parte importante del problema, el mayor desafío es la transformación que debe realizarse en el juzgamiento de las causas para asumir la desigualdad estructural que se encuentra en la base de los principales sesgos implícitos sociales. Afirma que el uso de los estereotipos sociales impacta necesariamente en el análisis de la garantía de la imparcialidad, siendo necesario desprenderse de la concepción tradicional de imparcialidad que toma en cuenta sólo la igualdad formal de los ciudadanos. (Clerico, 2018)

Al respecto, una de las principales acciones a realizar para garantizar la imparcialidad del juzgador en los procesos no penales por audiencias, principalmente en los que la intermediación y el rol activo de los jueces pueden dejarlos así de expuestos a las influencias de los sesgos, es la capacitación activa de los operadores judiciales respecto a la existencia y funcionamiento de los sesgos cognitivos, como en los estereotipos y sesgos sociales y las técnicas para reducirlos. En los puntos subsiguientes, analizaremos los factores más recurrentes, como pueden influenciar en las decisiones judiciales, los lineamientos principales que deben tener las capacitaciones de los operadores judiciales.

#### **4. SESGOS COGNITIVOS, ESTEREOTIPOS Y SESGOS IMPLÍCITOS SOCIALES**

Un punto inicial fundamental en esta tarea es el entendimiento, como lo afirman

Stafford, Holroy y Scafie (2018) que la existencia, funcionamiento y efectos de los sesgos en la imparcialidad de las decisiones judiciales, como en el estudio de los mecanismos individuales, relacionales e institucionales de control deben ser comprendidos y enfrentados en su conjunto, aunque difieran en su funcionamiento. Para ello deben implementarse estrategias que intenten controlar ambos tipos de sesgos, los cognitivos y los implícitos sociales, y tener en cuenta también a los estereotipos explícitos sociales que sustentan estos últimos, sean raciales, de género, de condición social, entre otros que estén manifiestos u ocultos.

4.1. En respecto a los sesgos cognitivos, en los años 70 se produjo en el seno de las ciencias económicas uno de los aportes más interesantes sobre el estudio de la racionalidad humana y la toma de decisiones, con la introducción de una teoría de “heurísticas y sesgos” de Kahneman (1982, 2011) que ponía en cuestión la teoría de la elección racional para la explicación de las decisiones<sup>8</sup>.

Este autor describe por un lado, una serie de sesgos cognitivos que afectan nuestras decisiones racionales por este autor. Su principal aporte en este sentido fue explicar los diferentes tipos de pensamiento sobre el cual tomamos decisiones, en tal sentido, distingue el sistema de pensamiento rápido y el sistema de pensamiento lento, a los cuales nombra sistema 1 y 2 respectivamente. El sistema 1 opera de manera acelerada y automática, con poco o ningún esfuerzo y sin sensación de control voluntario. No obstante, genera impresiones y sentimientos que son las fuentes principales de las creencias explícitas y las elecciones deliberadas del Sistema 2. El sistema 2 por su parte, es el sistema de pensamiento lento que implica procesos mentales de mayor esfuerzo. Este sistema, por su parte, es el encargado del autocontrol de las intuiciones e impulsos del sistema 1. Kahneman (1982, 2011) realiza un importante aporte al describir la forma en que en cada uno de estos tipos de procesamiento de la información son afectados por sesgos cognitivos, y que en general, son generados en el sistema 1. Esta breve aproximación nos permite ver la importancia que tiene

---

<sup>8</sup> La teoría de la elección racional fue desarrollada inicialmente también en el campo económicos y pronto tomó auge como modelo de explicación en el campo de la psicología, sociología, ciencias políticas, etc. y que postulaba que las acciones y procesos sociales podían ser explicados en términos de elecciones individuales racionales en donde cada individuo toma decisiones individuales y agregativas consistentes con sus preferencias individuales en un intento de maximizar las mismas (Vidal de la Rosa, 2008).

pensar en diseños y técnicas que fomenten el control que realiza el sistema 2, reduciendo la incidencia en los procesos judiciales, aquellos en los que prima el sistema 1 (Villanueva, 2022).

En esta misma línea Páez (2021), conceptualiza a los sesgos cognitivos como una “desviación sistemática, involuntaria e inconsciente de una norma o de un estándar de racionalidad al emitir un juicio perceptual o conceptual, al recordar un evento o al hacer una predicción.” (p. 3). Para este autor, no se trata de simples errores sino de comportamientos inconscientes que ocurren bajo circunstancias similares, lo que deriva que las mismas son predecibles y replicables. La causa de los mismos es el uso de heurísticas, que implican atajos en el procesamiento de la información como así también de nuestra capacidad para procesar información.

El estudio de estos sesgos cognitivos también se ha extrapolado al campo del derecho y más específicamente, a cómo los mismos tienen influencia en las decisiones judiciales (De la Rosa y Sandoval, 2016; Muñoz Aranguren, 2011; Páez, 2021).

Estas investigaciones identifican una serie de sesgos que afectan principalmente a las decisiones judiciales y cuya comprensión es necesaria en los operadores judiciales y en quienes se establecen las reformas judiciales correspondientes. Dichos sesgos son: el de confirmación, el retrospectivo, de disponibilidad, el sesgo anclaje, de ajuste; y el efecto halo, de grupo (De la Rosa-Sandoval, 2016; Paez, 2021).

El último grupo será analizado junto con los sesgos implícitos sociales.

Si bien a todos ellos parece afectar la imparcialidad de las decisiones judiciales, en algunos puede ser de mayor incidencia el juicio de los operadores en el proceso oral, allí en donde se efectúa la inmediación y el rol activo de los jueces, -con capacidades más amplias respecto a la calificación de los hechos litigiosos, en la precalificación de la prueba y en el rol conciliador en las audiencias. Como afirmamos con anterioridad (Villanueva, 2022) es necesario la realización de una revisión de los principales sesgos que se presentan:

4.1.1. El primero de ellos es el sesgo de confirmación. Este sesgo interviene en el proceso mental cuando la persona que ha formado una idea determinada sobre un aspecto de la realidad, tiene una disposición o tendencia inconsciente a filtrar la información de manera tal, que busca e identifica con mayor prevalencia la prueba favorable en relación a esa idea



así determinada y la sobrevalora; mientras que tiene dificultades para identificar las pruebas desfavorables de pensamiento preconcebido, e infravalora la incidencia de la prueba que no respalda a esa idea original. (De la Rosa- Sandoval, 2016; Muñoz Aranguren, 2011; Paez, 2021; Cortana-Nuñez, 2006)<sup>9</sup>.

4.1.2. El segundo sesgo es el sesgo retrospectivo. Es aquel con capacidad para afectar las decisiones judiciales, sobre todo respecto a la atribución de responsabilidad e intencionalidad. El sesgo retrospectivo funciona como proceso mental por el cual tendemos a valorar una acción o situación pasada, en un tiempo 1, a partir de nuestro conocimiento de las consecuencias de éste en un tiempo 2, sobrevalorando la previsibilidad del agente en t1 sobre el resultado de la acción o situación en el tiempo t2. (Muñoz Aranguren, 2011) Conocer las consecuencias actuales afecta inconscientemente nuestra manera de valorar el pasado, lo proyectamos en su reconstrucción.

Este sesgo retrospectivo está presente también en los procesos civiles orales. El mismo puede ser actuar, por ejemplo, en los juicios de daños y perjuicios donde los jueces que tiene acceso al resultado de la acción y a las evidencias del daño y las víctimas, tienden a hacer de las mismas, una imagen mental y proyectarlas en el pasado.

Efectivamente, se coincide en que inevitablemente el juicio de responsabilidad es un tipo de juicio en que se va a calificar hoy la obligación de indemnizar a una persona sobre la base de la reconstrucción de un hecho ocurrido en el pasado y ante ello, está expuesto el juzgador a un sesgo retrospectivo que puede hacer más gravosa la situación de las partes, al sobreestimar las posibilidades de previsibilidad del resultado dañoso.

4.1.3. El sesgo de sobreconfianza, se aplica a la autopercepción de los jueces respecto a su nivel de afectación de los sesgos. Cortada de Kohan y Macbet (2006) afirman “El sesgo

---

<sup>9</sup> En el ámbito del proceso penal evitar el prejuzgamiento a partir de la lectura previa del expediente ha sido una de las razones por las cuales en el proceso acusatorio se pretende que el juzgador no estudie previamente el expediente y se guíe por las pruebas efectivamente expuestas por las partes en el momento de la audiencia oral. El mayor afectado por esta clase de sesgos de confirmación y que le ha valido serias advertencias sobre su afectación en la imparcialidad, ha sido el juicio civil oral por audiencias, en donde a la hora de preparar la audiencia preliminar y las estrategias para las propuestas conciliatorias, exigen del tribunal un amplio conocimiento del expediente. Lo mismo puede decirse respecto a la idea que se va formando en el proceso conciliatorio, que puede condicionar la perspectiva del juez, y provocar el sesgo de confirmación a la hora de valorar la prueba. No se sostiene aquí, la eliminación de estas etapas ni funciones, pero sí la exigencia de la tarea de autocontrol, en las cuales pueden coadyuvar las técnicas para la mitigación de sesgos.

de “sobreconfianza” puede ser definido como un error sistemático de calibración subjetiva de éxito en la toma de decisiones bajo incertidumbre” (Camerer & Lovallo, 2000; Oskamp, 1965). Este error consiste en la sobre estimación del éxito de las propias decisiones. De manera más específica puede formularse como el exceso de confianza en las estimaciones subjetivas (E) en comparación con los resultados reales obtenidos u observados” (2006, p. 64).

Este sesgo debe ser tomado principalmente cuando se piensa en el diseño e implementación de los mecanismos de control de estereotipos. Los jueces tienen una sobre estimación de sus facultades individuales para evitar ser afectados por sesgos, aunque reconozcan que casi la totalidad de los jueces son afectados por los mismos. Se han realizado experimentos en donde se le pregunta a los jueces si creen que los jueces son afectados por sesgos y casi la totalidad de los casos afirman que sí. Si se les pregunta si los jueces que conocen y que trabajan en su misma área tienen decisiones que son sesgadas afirman que sí. Sin embargo, al preguntarles si sus propias decisiones son sesgadas, afirman que no (Khang, 2012).

En este punto, se considera que es muy importante que se ponga el acento en la formación de los jueces sobre estos mecanismos de percepción de sesgos, ya que esta sobreestimación sobre sus propias capacidades puede afectar la importancia que le dé a las mismas y ante ello, trabajar en el compromiso de reconocimiento efectivo y autocontrol de sus propios procesos de pensamiento.

4.1.5. Uno de los sesgos también comunes y que puede afectar el juicio del juez, es el Sesgo de disponibilidad. Muñoz Aranguren (2011) señala que es aquel por el cual una persona tiende a sobrevalorar la probabilidad de que ocurra un evento en función de la capacidad del sujeto de considerar casos similares a las que tuvo acceso. Para De la Rosa y Sandoval (2016), las decisiones jurisdiccionales están condicionadas por los casos previos similares al que se juzga y se sobreestima la información recabada en el pasado y se formulan conclusiones erróneas. La influencia de los casos resueltos en el pasado no debe ser desdeñada, a la hora de evaluar el impacto que los mismos pueden tener, en el caso actual, para sesgar la imparcialidad del juzgador, que lo llevaría a apartarse de las particularidades de tal caso y de las evidencias traídas a resolver.

4.1.6. El sesgo de anclaje, es aquel que se le presenta al decisor ante un asunto que involucra magnitudes alternativas a la decisión y ellas quedan fijadas entre esos parámetros alternativos presentados. En el derecho esto puede visualizarse, por ejemplo, en los procesos de daños y perjuicios, que habitualmente es uno de los alcances de los procesos civiles incorporados en las reformas. Existe una tendencia a que el valor establecido en la demanda funcione como un ancla a la valía de referencia de la compensación. En los procesos penales también se observa lo mismo respecto al pedido del fiscal (Páez, 2021).

4.1.7. Efecto Halo. Este tipo de sesgos descritos por Kahneman (1982, 2011) como un subtipo de actitud, es uno de los más peligrosos en los procesos orales civiles. Son múltiples las ventajas de la intermediación en los procesos civiles, pero varios autores nos advierten sobre los peligros a la imparcialidad que conlleva la misma si no está acompañada por un autocontrol del juez, respecto a los sesgos. Uno particularmente pernicioso y que afecta tanto los perjuicios que puede tener un juzgador sobre las partes, los testigos y peritos es el sesgo que se conoce como *efecto halo*. Esta es una generalización falsa que hacemos en base a nuestra percepción. La apariencia y las características de una persona hacen que tengamos pensamientos positivos o negativos sobre ella sin siquiera darnos cuenta. Este sesgo, igual que el de representación, se conecta por ejemplo con el aspecto de las partes y los peligros de la sobrevaloración de comportamientos no verbales. Este sesgo está presente en el Sistema 1 y es una forma rápida de visualizar el mundo (Kahneman, 2011).

4.2. Estereotipos y Sesgos implícitos sociales: en las últimas décadas se ha profundizado la investigación sobre la existencia, funcionamientos, efectos y remedios respect a los estereotipos y sesgos que tiene su origen en creencias culturales.

Como hemos analizados en trabajos anteriores, las personas somos portadoras de creencias generalizadoras de características descriptivas o normativas referidas a ciertos grupos humanos y que le asignamos a sus miembros por el simple hecho de pertenecer a la categoría (Arena, 2021). En general, somos conscientes de la existencia de estos estereotipos y podemos reconocer incluso el carácter social en el origen de estos. En cierta medida estos estereotipos son controlables y se puede sensibilizar sobre los efectos de los sesgos que afectan nuestras decisiones y creencias en base a estos estereotipos. Sin embargo, se arraigan en nosotros ciertos sesgos implícitos referidos a grupos humanos que son inconscientes y

fuera del ámbito de control del individuo e incluso se revela en acciones perjudiciales que pueden contradecir sus creencias explícitas (Villanueva, 2021; Villanueva-Stamile, 2021). Es decir, podemos controlar no tener creencias estereotipadas con respecto a un grupo racial o de género, y sin embargo poseer sesgos implícitos raciales o de género que afectan nuestras decisiones. Los sesgos implícitos se caracterizan típicamente como asociaciones automáticas, de las cuales podemos no estar conscientes, que son difíciles de controlar y pueden entrar en conflicto con nuestras creencias y valores profesos (Khang, 2012). La gravedad de esta clase de sesgos implícitos no solo es que puedan llevarnos a creencias erróneas, sino que aquellos sesgos implícitos que implican disposiciones que se dirigen a grupos sociales, cristalizan estereotipos o evaluaciones y actitudes prejuiciosas en contra de alguno de sus miembros, conformando un comportamiento discriminatorio. Más grave aún es cuando estos sesgos están incidiendo en una decisión pública, como es una decisión jurisdiccional. Las luchas por la igualdad de género y las raciales a nivel global nos han sensibilizado como estos sesgos se montan a partir de la desigualdad estructural y los mismos se perpetúan a raíz de acciones, creencias, sesgos discriminatorios conscientes e inconscientes. En el campo teórico como en el práctico se llevan adelante cada vez más medidas para controlar los efectos perjudiciales de los estereotipos y sesgos implícitos sociales. Sin embargo, en el campo del proceso de los procesos no penales y con la introducción de la oralidad en los mismos, donde parece existir por la inmediatez una mayor exposición a esta clase de sesgos, no existen muchos estudios que se dediquen al estudio de la incidencia de los sesgos implícitos sociales. Esta línea debe ser profundizada para descubrir diversos mecanismos para poder poder enfrentarlos. En el siguiente punto señalaremos uno de los mecanismos que consideramos principales.

## **5. LA CAPACITACIÓN COMO MECANISMO DE CONTROL Y ESTEREOTIPOS**

Uno de los aspectos comunes de los estudios de sesgos en los jueces y juezas es que se puede trabajar sobre los mecanismos existentes, para realizar un control de los sesgos y sus efectos respecto a la decisión jurisdiccional, que si bien no podrán ser totalmente eliminados pueden ser reducidos a través de una batería de medidas que tomadas integralmente pueden lograr morigerar los mismos. En este sentido, se señala la idea de

Stafford, Holroy y Scafie (2018) sobre la importancia de un marco tres por tres, que vincula diversos niveles de abordajes individuales, sociales y estructurales para lograr diversos efectos como la mitigación, el aislamiento y la supresión de los sesgos. Así, cualquier estrategia que se desee llevar a cabo requerirá la necesidad de realizar monitoreos, evaluaciones y revisiones permanentes.

Los mecanismos de control de estereotipos y sesgos implícitos deben ser separados en mecanismos internos y externos a los procesos judiciales a los que deben impactar: Dentro de los mecanismos externos al proceso civil con juez técnico encontramos:

- 1) evaluaciones de estereotipos y sesgos en el proceso de selección del juzgador.
- 2) la capacitación de los jueces en estereotipos y sesgos cognitivos y sociales.

Dentro de los mecanismos internos cabe considerar el conjunto de mecanismos institucionales dentro de un proceso que están diseñados específicamente a los fines de poder eliminar, obstaculizar y disminuir los mismos. Nos concentramos en uno de los mecanismos externos y principalmente, a tenor del eje de la comisión, en la capacitación de los jueces y en la influencia de estos.

La capacitación debe poder mostrar la existencia de estos estereotipos y sesgos sociales y la forma que funcionan en las personas; incluso se recomiendan interacciones activas por parte de quienes realizan estas capacitaciones para que puedan experimentar la forma en que también ellos realizan acciones sesgadas. Estudios sobre este punto destacan la necesidad de que los jurados se vuelvan escépticos respecto a su propia objetividad de tal manera de que se sienta motivado para verificar sus propios sesgos.

## **6. LINEAMIENTOS PARA LA CAPACITACIÓN SESGOS Y ESTEREOTIPOS**

El primer punto relevante en la temática a desarrollar es la comprensión del fenómeno de los sesgos implícitos cognitivos y sociales como de los estereotipos sociales descriptivos y normativos, así como su funcionamiento en nuestras decisiones en general y en la función jurisdiccional en particular. Este tipo de formación, según las investigaciones desarrolladas sobre el fenómeno, señalan la inconveniencia de las capacitaciones pasivas en la cual solo se transfiere la información (como se dan muchas de las capacitaciones actualmente sobre estereotipos y sesgos de género). Aspectos en los que son necesarias las capacitaciones

activas, con trabajo y sino, por el contrario, deben ser capacitaciones personalizadas, con una participación activa, una tarea que lo enfrente con sus propios estereotipos y sesgos. Kahneman (2011) en este sentido señala que el capacitado tiende a comprender mejor y a controlar este tipo de sesgos si reconoce en qué medida lo afectan, en lo personal y no solamente, en general. Otros autores, específicamente, incluyen además dentro de las tareas de los cursos, los auto test de sesgos como los IAT (Test de Asociación implícita) para la detección de los sesgos implícitos sociales. Solo cuando somos capaces de captar lo vulnerables que somos a este tipo de sesgos tenemos la motivación para aplicar las medidas de control.

Sin embargo, es menester entender que la capacitación debe ser más amplia y sensibilizar a los jueces sobre la responsabilidad individual en la detección y trabajo sobre los sesgos y estereotipos implícitos, para lograr una decisión imparcial. También, conocer los mecanismos procesales de control de los mismos estereotipos y sesgos que pueden introducirse, incorporando las técnicas probadas a través de estudios científicos que mitigan la influencia de los implícitos sociales y cognitivos: tales como la técnica de la evocación de imágenes contra estereotipadas, la técnica de la individualización, la pericia para la detección de actitudes de sospecha, la búsqueda de la refutación de la propia idea, guías de práctica judicial, entre otras.

## **7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS**

A lo largo del estudio se ha procurado la imperiosa comprensión sobre la vulnerabilidad a la que está expuesto el juzgador ante la afectación de su percepción, que provocan los sesgos implícitos cognitivos y sociales, así como los estereotipos.

En algunos campos del derecho se han comenzado a realizar pasos en este sentido, pero es necesario comprender su influencia en el campo de los procesos civiles donde rige la oralidad.

Los procesos civiles orales, la intermediación, la concentración de actos, los roles activos asumidos por los jueces y juezas parecen exponer a esta clase de procesos a los sesgos cognitivos y sociales. No obstante, aún se carece de estudios suficientes que analicen con mayor efectividad la incidencia de los mismos y de los mecanismos de control que son

necesarios implementar.

En este sentido, además de la introducción de mecanismos internos de control en el mismo diseño procesal, es necesaria la capacitación de los operadores ante la presencia, funcionamiento y afectación de los mismos, como de las técnicas necesarias para su mitigación, obstaculización y erradicación. La persistencia de estos mecanismos demuestra la prioritaria necesidad de una exhaustiva investigación que arribe a mayores estrategias de capacitación ante la complejidad que ellos manifiestan, y de tal modo, la toma de conciencia y el trabajo activo den suficiente visibilidad y concientización.

Finalmente se requiere del monitoreo, la revisión y la evaluación de las acciones implementadas, a fin de determinar si los errores y sesgos en que incurre el ser humano en la persona del juzgador son o no, producto inevitable de un razonamiento lógico que busca procesar y dar mérito a la complejidad de la información recibida, a efectos de tomar decisiones de forma eficiente y libre de cualquier distorsión en la racionalidad del proceso

## 8. REFERENCIAS

ARENA, Federico. **Acerca de la relevancia de la investigación sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial**. En: ARENA, Federico; SÁNCHEZ, Luque, P. CRUZ, Moreno, D. (ed.). Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas. Bogotá, Colombia. Editorial Universidad Externado, 2021.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La imparcialidad judicial y el debido proceso (la función del juez en el proceso civil). **Revista Ratio Juris**. Vol. 9 N° 18, p. 207-235, 2014.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires. Editorial Depalma, 1986.

CLÉRICO, Laura. Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. **Revista Derecho del Estado**. n.º 41, p. 67-96, julio-diciembre de 2018.

CORTADA DE KOHAN, Nuria; MACBETH, Guillermo. Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones. **Revista de Psicología**. Vol. 2 N° 3, p. 55-72, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**, T. 2, Madrid: Reus, 1922.

DUCE, Mauricio; MARÍN, Fernando; RIEGO, Cristian. Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y la calidad de la información”. **Biblioteca**

**Virtual CEJA** [En línea]. Disponible en <http://biblioteca.cejamericas.org>. 2008.

EKMAN, Paul. **El rostro de las emociones**. Barcelona: Ed. RBA, 2004.

EKMAN, Paul. **Cómo detectar mentiras**. Madrid. Editorial. Paidós, 2012.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking. Fast and Slow**, Farrar, Straus and Giroux. Traducido al español como: *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate Editorial, 2011.

KAHNEMAN, Daniel, SLOVIC, P., & TVERSKY, A. **Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases**. New York: Cambridge University Press, 1982.

KHANG, Jerry. et al. **Implicit bias in the Courtroom**. *Ucla Law Review*, p. 1124-1186, 2012.

MANZANERO, Antonio. I. **Psicología del Testimonio**. Madrid: Piramide, 2008.

MANZANERO, Antonio. **Memoria de Testigos**. Madrid, 2010.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. La influencia de los Sesgos Cognitivos en las Decisiones Jurisdiccionales: El Factor Humano - Una Aproximación. **InDret**, Vol. 2, 2011, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1838370>

PÁEZ, Andres. **Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales**. En: F. J. Arena, P. Luque; D. Moreno Cruz (ed.). *Razonamiento jurídico y Ciencias Cognitivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021. p. 187-222.

PEREIRA CAMPOS, Santiago. Relato general a las “XXIV JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL” del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebradas en Ciudad de Panamá, del 26 al 28 de marzo de 2014. Biblioteca Virtual. **Centro de Estudios de Justicia de las Américas**: <http://www.11nq.com/0KfKH>

STAFFORD, Tom; HOLROYD, Jules; SCAIFE, Robin. **Confronting Bias in Judging: A Framework for Addressing Psychological Biases in Decision Making**. *PsyArXiv*, 20 Sept, 2018.

VILLADIEGO BURBANO, Carolina. La oralidad en la justicia civil como elemento del debido proceso: un enfoque de derechos humanos. **Civilizar**. Ciencias Sociales y Humanas, vol. 10, núm. 18, enero-junio, 2010, p. 15-26, Universidad Sergio Arboleda Bogotá, Colombia.

VILLALOBOS, C; SALAZAR, L. El resguardo de la imparcialidad del juez civil: un panorama desolador. **Repositorio Institucional de la Universidad de Valparaíso**, Chile. Cf: <http://repositoriobibliotecas.uv.cl/handle/uvscl/4090>



VILLANUEVA, Carlos M. Sesgos implícitos y juicios por jurados. **Revista Jurídica Cesumar**. Mestrado, Vol. 21, n. 3, p. 835-869, 2021.

VILLANUEVA, Carlos, STAMILE, Natalina. Perspectiva de género y juicios por jurados: los mecanismos de control de sesgos y estereotipos de género en el juicio por jurados. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2021, vol. 13, n. 25, p. 259-290, ago./dez., 2021.

VILLANUEVA, Carlos. La afectación de la imparcialidad por sesgos cognitivos y estereotipos y sesgos implícitos sociales: La necesidad de la capacitación de los operadores judiciales en el proceso civil por audiências. Exposición en el XXXI Congreso de Derecho procesal, Mendoza, Argentina. Septiembre 2022. **Asociación Argentina de Derecho Procesal**. Cf: [11nq.com/5eC4u](https://11nq.com/5eC4u)

Data da submissão: 13/02/2023  
Data da primeira avaliação: 04/04/2023  
Data da segunda avaliação: 29/04/2023  
Data da aprovação: 20/05/2023