



FEDERALISMO, DIREITOS E IGUALDADE PERANTE A LEI. UMA APROXIMAÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA AO CASO ARGENTINO

FEDERALISM, RIGHTS, AND EQUALITY BEFORE THE LAW. A LEGAL
HISTORICAL APPROACH THE ARGENTINE CASE

ALEJANDRO AGÜERO*

Tradução: RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL**

RESUMO

O modelo constitucional argentino combina, como é bem conhecido, uma estrutura política federal com algumas características típicas dos sistemas unitários. Este artigo analisa a tensão entre o sistema de direito material nacional codificado e a reserva em favor das jurisdições provinciais na aplicação dos códigos. Ele procura mostrar que, como resultado dessas tensões, a interpretação dominante validou uma ponderação constitucional na qual a organização do poder jurisdicional tem maior relevância do que o princípio da igualdade perante a lei, com o consequente adiamento de um princípio básico do discurso liberal.

Palavras-chave: Federalismo Argentino; Igualdade perante a lei; Cassação; Argentina; História Constitucional.

ABSTRACT

The Argentine constitutional model combines, as is well known, a federal political structure with some typical features of unitary systems. This paper analyzes the tension between the system of codified national substantive law and the preservation of provincial jurisdictions in the application of the codes. It seeks to show that, as an effect of these tensions, the dominant interpretation has validated a constitutional assessment in which the organization of jurisdictional powers has greater relevance than the principle of equality before the law, with the consequent postponement of a basic principle of the liberal discourse.

Keywords: Argentine federalism; Equality before the law; Cassation; Argentina; Constitutional History.

* Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. Professor Titular de História do Direito Argentino na Faculdade de Direito da Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

aaguero@unc.edu.ar

** Doutor em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Professor Associado de História do Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-árido – UFRSA.

rafaelcabral@ufersa.edu.br

Recebido em 6-12-2024 | Aprovado em 6-12-2024¹

¹ Artigo convidado. **Nota do tradutor:** Originalmente, o texto foi publicado em espanhol no Anuario XXI del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS)- UNC-CONICET, pp. 371-391, 2023, ISSN 1667-6122. Disponível em: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuariocijs/article/view/40713>. Tradução autorizada pelo autor.



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. O FEDERALISMO UNITÁRIO; 1 A ORIGINALIDADE ARGENTINA NA PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURÍDICA; 2 FEDERALISMO, LEGISLAÇÃO E DIREITOS INDIVIDUAIS. PREMISSAS HISTÓRICAS; 3 CÓDIGOS E IGUALDADE PERANTE A LEI NO SISTEMA ARGENTINO; 4 A CASSAÇÃO NACIONAL E O PROJETO COLOMBO (PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX); 5 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE E A REFORMA DE 1949; 6 UMA “DESIGUALDADE TOLERADA”. CONSENSO DOUTRINÁRIO, ALGUMAS DISSONÂNCIAS; REFLEXÕES FINAIS: FEDERALISMO, DIREITOS E IGUALDADE PERANTE A LEI;
REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O projeto constitucional argentino, além das influências vernáculas e estrangeiras, é caracterizado por uma combinação original de características unitárias e federais. Nesse aspecto, os membros constituintes seguiram a marca eclética da geração de 37, incorporada nas ideias de Alberdi, que viu nessa combinação não apenas a chave para superar o antigo antagonismo entre as várias facções políticas, mas também uma consequência dos precedentes históricos que, em ambas as direções, determinaram naturalmente o curso a ser seguido para construir o país.²

De acordo com esse ideário, a declaração sobre a forma federal de governo (art. 1º da Constituição) teve de ser conciliada com uma série de estipulações que qualificavam o modelo do que poderia então ser entendido como federação pura. O próprio Alberdi afirmou que deveria ser seguido o exemplo de outros países (Estados Unidos, Suíça e Alemanha) que abandonaram o “federalismo puro pelo federalismo unitário”.³, p. 157 Essa sequência poderia ser lida, na linguagem da época, como o passo necessário entre o que hoje chamaríamos de confederação e estado federal, de acordo com a experiência americana. No entanto, o projeto argentino acabou assumindo algumas características unitárias totalmente alheias ao texto de Filadélfia. As diferentes condições históricas e geoeconômicas (mesológicas) em relação ao país do norte explicam bem essa mudança.⁴, p. 289

Se a formulação eclética permitiu que se chegasse a um consenso pragmático sobre a organização constitucional do país, a combinação de elementos que respondiam a diferentes matrizes jurídicas implicou algumas inconsistências que se tornariam evidentes com o tempo. Este artigo analisa alguns aspectos das tensões decorrentes da combinação de um regime de direito material nacional codificado (típico de um sistema unitário) com a reserva em favor dos tribunais provinciais para aplicar os códigos materiais, com base na leitura que foi imposta

² ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina [1852]*. Buenos Aires: Losada, 1993, p. 111 e seguintes. LINARES QUINTANA, Segundo V. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Tomo II. Buenos Aires: Plus Ultra, 1981, p. 654-659.

³ ALBERDI, *op. cit.*

⁴ BIDART CAMPOS, Germán. *Historia política y constitucional argentina*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1976. Sobre o problema dos modelos constitucionais e sua influência no caso argentino, seguem sendo esclarecedoras as páginas de LEVAGGI, Abelardo. *Espíritu del constitucionalismo argentino de la primera mitad del siglo XIX*. *Revista de Historia del Derecho*, [S. l.], v. 9, p. 239-301, 1982.

aos artigos 1, 5, 67, inciso 11 e 100 do texto de 1853-1860. Tento demonstrar que, como resultado dessas tensões, a interpretação dominante validou uma ponderação constitucional na qual a organização do poder jurisdicional teve maior relevância do que o princípio da igualdade perante a lei, com o conseqüente adiamento de uma garantia essencial do Estado de Direito.⁵, p. 66

Diferentemente de alguns estudos específicos baseados em uma abordagem teórica e jurisprudencial do sistema constitucional⁶, minha análise procura, em primeiro lugar, situar o problema em uma dimensão histórica ampla, sob a premissa de que essa combinação pode ter sido plausível na medida em que apresentava certa analogia com práticas institucionais anteriores. Em segundo lugar, analiso as questões que, durante a primeira metade do século XX, foram expressamente levantadas sobre essa inconsistência, demonstrando que outra leitura do texto constitucional era possível. Finalmente, reviso a construção do consenso atual, destacando seu caráter contingente e tomando-o como um testemunho das dificuldades para conciliar as marcas tradicionais do federalismo argentino com uma doutrina centrada nos direitos individuais e na igualdade perante a lei.

1 A ORIGINALIDADE ARGENTINA NA PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURÍDICA

Quando o projeto de 1853 foi debatido na Convenção de Santa Fé, chamou a atenção o fato do Congresso Nacional ter recebido o poder de ditar os códigos para toda a confederação. Salustiano Zavalía, membro da Convenção, observou que esse poder deveria corresponder às províncias e que tal restrição à soberania provincial era “contrária à forma [federal] de governo” estabelecida pela Constituição. Em defesa do projeto de constituição, Benjamín Gorostiaga salientou que o artigo 24 já havia sido aprovado, o que dava poderes ao Congresso para promover a reforma da “legislação vigente do país” e que a regra em questão, limitada aos códigos básicos, buscava evitar que o país fosse “um imenso labirinto” do qual resultariam males inconcebíveis. Ele acrescentou que “se nos Estados Unidos tinham diferentes códigos”, era porque os americanos, descendentes dos ingleses, tinham, como os ingleses, formado um corpo “de leis soltas”. Zavalía, pela sua vez, negou que o país fosse um labirinto de leis e argumentou em favor do poder das províncias de ditar leis “adequadas à sua organização, costumes e peculiaridades... que melhor atendessem a seus interesses”. A esse último argumento, Gorostiaga respondeu que tais peculiaridades poderiam ser encontradas em um código processual, que não foi mencionado no artigo em questão.⁷, p. 528-529

⁵ SAMPAY, Arturo Enrique. Noción de Estado de Derecho. *La Ley*, [S. l.], t. 14, p. 64-69, 1939. Para uma revisão histórica deste conceito, CASAGRANDE, Agustín. The concept of *Estado de Derecho* in the history of Argentinean Constitutionalism, *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 47, p. 169-206, 2018.

⁶ GARAY, Alberto F. *La igualdad ante la ley*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989; DIDIER, María M. *El principio de igualdad en las normas jurídicas generales: estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia estadounidense*. 2008. Tese (Doutorado em Direito). Buenos Aires: Universidad Austral, 2008.

⁷ RAVIGNANI, Emilio (ed.). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Tomo IV, Buenos Aires: Peuser, 1937; para um recente enquadramento histórico do tema, POLOTTO, Rosario. Unificación jurídica, régimen federal y jurisprudencia La casación en la Argentina (1853-1936). *Rev. hist. derecho* [S. l.], n. 65, p. 3, 2023; POLOTTO, Rosario. Geografía del Código. Codificación nacional y jurisdicción provincial: el artículo 67 inciso 11 de la Constitución Nacional. Argentina, mitad siglo XIX, principios del XX. *Prohistoria*, [S. l.], v. 40, p. 1-28, 2023.

A intenção foi evocar essa conhecida passagem do debate constituinte para apontar alguns aspectos relevantes para a reflexão histórica. Por um lado, o projeto se afastou do modelo norte-americano ao apelar para a tradição jurídica diferente do país. A tradição anglo-americana havia permanecido à margem do furor codificador que marcou o curso do direito europeu continental. Mas essa não foi apenas uma escolha de técnica legislativa. A escolha de um sistema codificado de direito nacional implicava um compromisso teórico com o princípio da uniformidade legislativa e, conseqüentemente, com o princípio da igualdade perante a lei, tal como havia sido concebido na estrutura ideológica da Revolução Francesa.⁸ p. 37 e ss

Ainda que Alberdi não compartilhasse totalmente do modelo de codificação, ele era fortemente a favor de uma legislação uniforme para o país: “Não seria racional - diz ele nas Bases - se tivéssemos tantos códigos de comércio, tantas legislações civis, tantos sistemas hipotecários, quanto províncias”.⁹, p. 110 A matriz revolucionária desse postulado apareceu com maior clareza em uma passagem da edição revisada das Bases, em que o jurista tucumano criticou duramente a atitude da província separatista de Buenos Aires e sua constituição de 1854, afirmando: “Uma província que fala de códigos locais, hipotecas provinciais, moedas provinciais, pode representar outra era ou outra ordem de coisas do que aquelas em que a França feudal se encontrava antes de 1789?”¹⁰, p. 271

O ideal de uma legislação nacional uniforme, cuja inspiração revolucionária é evidente nas palavras citadas acima, demonstrou ser a antítese da estrutura plural (*feudal*) do *ancien régime*. Independentemente dos motivos instrumentais por trás dela, a uniformidade da legislação estava teoricamente ligada a uma série de princípios que convergiam nas chamadas “ideologias da codificação”.¹¹ A lei uniforme, condensada em um código curto, era representada não apenas como uma garantia da igualdade formal proclamada pela revolução, mas também como uma ferramenta para neutralizar a arbitrariedade dos juízes, uma característica do *ancien régime* incompatível com a nova ideia de “liberdade civil”.¹², p. 76-77 Portanto, de acordo com esse novo entendimento da lei, o sistema de legislação uniforme tinha que ser acompanhado por instituições que garantissem sua estrita observância pelos juízes, como a obrigação de fundamentar as sentenças e o recurso de cassação.¹³

De acordo com o princípio da igualdade perante a lei, a uniformidade legislativa também deve implicar um compromisso com a uniformidade da jurisprudência. Entretanto, como consequência de sua abordagem eclética, o projeto argentino assumiu como uma solução plausível a desconexão desses dois aspectos. Diferentemente dos códigos materiais, os códigos processuais fariam parte dos poderes mantidos pelas províncias e, como vimos na citação do debate de 1853, por meio deles poderiam ser introduzidas “particularidades” do ambiente local. Como é sabido, a reforma de 1860 estipulou uma proteção específica para as “jurisdições locais” contra o poder codificador do Congresso, reservando a aplicação dos códigos às respectivas jurisdições (art. 67, inciso 11 e art. 100, texto de 1860). Uma das

⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones. Madri: Trotta, 1996.

⁹ ALBERDI, *op. cit.*

¹⁰ ALBERDI, *op. cit.*

¹¹ TARELLO, Giovanni. *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*. Genova: ECIG, 1976.

¹² SORDI, Bernardo. *Diritto pubblico e diritto privato*. Una genealogia storica. Bolonha: Il Mulino, 2020.

¹³ GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855). In: GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. *Cádiz 1812*. La Constitución jurisdiccional, Madri: CEPC, 2007, p. 261-312.

características mais originais de nosso sistema constitucional foi construída com base nessas premissas: um sistema no qual a legislação material codificada é de competência do Congresso Nacional, enquanto sua aplicação é reservada aos poderes judiciais organizados e regidos por leis provinciais, sem uma instância ordinária comum que pudesse funcionar como um instrumento de uniformidade jurisprudencial.¹⁴

Assim, a solução argentina se afastou tanto do federalismo americano quanto do unitarismo francês. Além do ecletismo predominante, o fato de que tal configuração fosse plausível, que a possibilidade de separar a uniformidade legislativa da uniformidade jurisprudencial fosse assumida, pode ser explicado, em nossa opinião, pelas práticas institucionais vernáculas cujas raízes remontam à tradição hispânica.¹⁵ Independentemente da leitura que Alberdi e seus contemporâneos fizeram dos antecedentes coloniais e do centralismo da Monarquia Hispânica, a historiografia jurídica das últimas décadas destacou alguns elementos dessa tradição que podem nos ajudar a entender o resultado constitucional. Por um lado, a imagem da antiga monarquia concebida em termos de um estado absoluto, conforme apresentada pela historiografia liberal do século XIX, foi desconstruída para enfatizar seu caráter agregado e composto, como um espaço formado por uma pluralidade de reinos e províncias com diferentes personalidades políticas e tradições formais. Nessa estrutura, se tem constatado a validade efetiva de um alto grau de autogoverno municipal, expresso em termos de autogoverno corporativo e do exercício de jurisdições ordinárias de primeira instância.¹⁶ Assim, foi compreendido o significado das declarações da época que definiam a Monarquia como uma "comunidade de repúblicas presididas por um soberano".¹⁷

⁶⁹ Esse último aspecto está ligado a um segundo aspecto destacado pela historiografia jurídica recente, que se refere à maneira pela qual o exercício da jurisdição ordinária, dentro da estrutura da monarquia, implicava um processo de "localização" da lei geral. De certa forma, as instâncias locais da jurisdição ordinária, geralmente nas mãos das elites municipais, operavam sob uma dinâmica em que, além de considerar uma profusa carga de normatividade local ao lado da lei da monarquia, ajustavam os princípios gerais de acordo com as condições

¹⁴ Sobre as tensões desta configuração, POLOTTO, *op. cit.*, 2023; ver também as referências citadas na nota a seguir. Um caso semelhante de uma combinação de direito material comum (penal e civil) e regras processuais locais foi oferecido pela federação suíça, onde, no entanto, o Tribunal Federal foi autorizado, por delegação dos cantões, a garantir a aplicação uniforme das leis federais. SARTORIO, JOSÉ. *La casación argentina*. Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 38.

¹⁵ Considerei esses aspectos em AGÜERO, Alejandro. Law and criminal justice in the Spanish colonial order and the problematic enforcement of the legality principle in the early national law in Argentina. In: MARTYN, GEORGES et al. (eds.). *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle*. Legislation as a Source of Law. Berlim: Duncker & Humblot, 2013, p. 229-251; AGÜERO, Alejandro. Autonomía por soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930). *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 43, p. 341-392, 2014.

¹⁶ Por razões de espaço, vou me limitar a apontar os trabalhos mais específicos para esse argumento, CLAVERO, Bartolomé. Tutela administrativa o diálogo con Tocqueville (a propósito de *Une et indivisible* de Mannoni, *Sovrano tutore* de Mannori y un curso mío). *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 24, p. 419-465, 1995; AGÜERO, Alejandro. Ciudad y poder político en antiguo régimen. La tradición castellana. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor; AGÜERO, Alejandro (coord.). *El Derecho Local en la periferia de la Monarquía Hispana, siglos XVI-XVIII*. Buenos Aires: INHIDE, p. 121-184.

¹⁷ Assim o expressa León de Arroyal em 1789, DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio. *En torno al municipio de la Edad Moderna*. Granada: Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2005. Para uma análise mais ampla, PORTILLO VALDÉS, José M. *Revolución de Nación*. Orígenes de la cultura constitucional en España 1780-1812. Madri: CEPC, 2000, p. 14.

casuísticas e contextuais.¹⁸ A partir dessas premissas, é compreensível que as opções federativas, após a crise da monarquia, tivessem a seu favor um ponto de partida que reconhecesse o antigo esquema de privilégios jurisdicionais ou, como também já foi sugerido, fossem mais bem ajustadas à leitura corporativa da ordem política sustentada pelo naturalismo católico.¹⁹ Trata-se do mesmo marco cultural que pode ser visto até mesmo na constituição de Cádiz, que, apesar da afirmação unitária da soberania nacional, procurou conciliar o ideal da codificação nacional com um tipo de “federalismo judicial”, sem instâncias nomofiláticas ou recursos ordinários para a Suprema Corte por motivos de apreciação da lei material, operando como últimas instâncias, a esse respeito, os máximos tribunais de distrito (as audiências).²⁰

Do ponto de vista do que interessa aqui, é possível sugerir que o específico projeto constitucional argentino era familiar às elites locais que haviam exercido a jurisdição ordinária nos tempos coloniais e que, sem mudanças substanciais, continuaram a fazê-lo no período após a revolução. Nesse sentido, talvez tanto no caso argentino quanto no de seu precedente em Cádiz, essa tradição de pluralismo jurisdicional com dinâmica de localização funcionou como um substrato comum para dar sentido a soluções de compromisso entre modelos teóricos difíceis de conciliar.

2 FEDERALISMO, LEGISLAÇÃO E DIREITOS INDIVIDUAIS. PREMISSAS HISTÓRICAS

Se a história podia oferecer uma base cultural para tornar plausível uma solução eclética, ela não resolvia as tensões decorrentes da combinação de princípios que respondiam a diferentes tradições. Como um sistema fundado no princípio da legalidade e da igualdade perante a lei poderia ser construído se a aplicação do direito material fosse adjudicada a jurisdições locais sem uma instância nomofilática comum? Esse não parece ter sido um problema relevante na época do debate constituinte. Se a uniformidade legislativa era considerada um instrumento necessário para a integração e o progresso econômico do país, é possível que, de acordo com o que aconteceu em outras áreas do horizonte hispânico, a dimensão individualista associada ao programa iluminista de legalidade e igualdade tenha sido marginalizada por aquela persistente compreensão corporativa dos direitos típica da tradição

¹⁸ HESPANHA, António Manuel. Depois do Leviathan. *Almanack brasiliense*, [S. l.], v. 5, p. 55-66, 2007; AGÜERO, Alejandro. Local Law and Localization of Law. Hispanic legal tradition and colonial culture (16th – 18th centuries). In: MECCARELLI, M.; SOLLA SASTRE, J. (ed.). *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research experiences and Itineraries*. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2016, p. 101-129. Sobre a tradição casuística, TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*. Buenos Aires: INHIDE, 1992.

¹⁹ ROJAS, Beatriz. Los privilegios como articulación del cuerpo político, Nueva España (1750-1821). In: ROJAS, Beatriz (coord.) *Cuerpo político y pluralidad de derechos*. Los privilegios de las corporaciones novohispanas. México: CIDE – Instituto Mora, 2007, p. 45-84, p.78-79. CALDERÓN, María Teresa; THIBAUD, Clément. *La Majestad de los Pueblos en la Nueva Granada y Venezuela 1780-1832*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia – Taurus, 2010, p. 98. ENTIN, Gabriel. República y Federalismo en América del Sur, entre la Monarquía hispánica y las revoluciones de Independencia. In: DE FRANCESCO, ANTONINO, et al. (coord.), *Entre Mediterráneo y Atlántico*. Circulaciones, conexiones y miradas, 1756-1867. Santiago de Chile: FCE, 2014, p. 362-392.

²⁰ LORENTE, Marta. Esencia y valor del constitucionalismo gaditano (Nueva España, 1808-1821). In: ANNINO, Antonio (coord.) *La revolución novohispana, 1808-1821*. México: FCE, 2010, p. 293-383; GARRIGA, Carlos. El federalismo judicial mexicano, 1824-1835. In: ROJAS, Beatriz (ed.) *Procesos constitucionales mexicanos*. La Constitución de 1824 y la antigua constitución. México: Instituto Mora, 2017, p. 154-271.

anterior.²¹ Em seu estudo sobre o estágio de formação do federalismo argentino, Zorraquín Becú concluiu que as províncias haviam aceitado desde cedo a noção de soberania popular, mas se desprenderam do individualismo político que estava na base desse conceito. Assim, falava-se em liberdade, mas “em vez de concedê-la ao indivíduo, as províncias se apropriaram do termo, que se tornou sinônimo de independência”. Ele acrescentou ainda que o dogma da igualdade “não se aplicava ao homem, mas aos grupos que formam a república”, concluindo que o “vocabulário era idêntico”, mas seu “significado havia sido fundamentalmente alterado”.^{22, p. 66-67} Essa alteração de linguagem parece indicar que a luta pelo federalismo visava mais à preservação dos direitos territoriais, em sua maioria baseados em antigos privilégios coloniais, do que à consagração de uma nova ordem de liberdades individuais.²³

Se essa tivesse sido a tendência dominante no federalismo provincial da primeira metade do século XIX, o momento constituinte de 1853-1860 poderia ser considerado como o momento de fundação de uma nova etapa, como de fato foi em muitos aspectos. No entanto, analisando a jurisprudência inicial da Corte Argentina, Eduardo Zimmermann chega a uma conclusão significativa: “o predomínio das preocupações com a distribuição de poderes entre o Estado nacional e as províncias e a rejeição de uma elaboração conceitual sistemática dos direitos individuais como freios à soberania do Estado é esmagadora no discurso constitucional do século XIX”.^{24, p. 37} Com base em nosso argumento, podemos pensar que esse adiamento dos direitos individuais é indicativo de um efeito inercial da matriz tradicional na gênese de nossa história constitucional. Se esse fosse o caso, a relação teórica entre os direitos individuais e a soberania do Estado precisaria ser reconsiderada.

É possível pensar que a opção por uma lei nacional codificada é mais adequada a uma perspectiva na qual a soberania estatal e os direitos não são colocados como extremos antitéticos, mas interdependentes. Segundo Mauricio Fioravanti, a codificação do direito está ligada a uma matriz que combina a lógica individualista e estatal como estratégia de afirmação das liberdades. Uma estratégia que pressupõe que somente a concentração do poder normativo pode emancipar os indivíduos dos antigos poderes corporativos intermediários, de modo a tratá-los, ao menos formalmente, como cidadãos iguais, independentemente de sua origem. A maneira de garantir a igualdade formal dos indivíduos estava na construção de uma soberania estatal forte, capaz de revogar o velho direito e se impor aos antigos poderes territoriais, corporativos e feudais, ou mesmo aos próprios magistrados fracionários.^{25, pp. 37, 109}

Uma lei única, entendida como uma expressão da vontade geral, simples e comum a todo o território, aplicada uniformemente a todos os cidadãos, não era apenas o melhor antídoto para a tirania dos juízes, como Beccaria havia sugerido^{26, p. 22}, mas era também uma

²¹ CLAVERO, Bartolomé. Antropología del sujeto de derechos en Cádiz. *Revista Española de la Función Consultiva*, [S. l.], v. 19, p. 99-128, 2013. Em nosso caso, a marca historicista da geração de 37 atenuou as características individualistas do discurso constitucional. Para maiores detalhes, ver BIDART CAMPOS, *Historia...*, cit., p. 284-285.

²² ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. *El federalismo argentino*. 2. ed. Buenos Aires: La Facultad, 1953.

²³ AGÜERO, Alejandro. De privilegios fundacionales a constituciones. Territorio y jurisdicción en el origen de las provincias argentinas. In: AGÜERO, Alejandro et al. (coord.). *Jurisdicciones, soberanías administraciones*. Configuración de los espacios políticos en la construcción de los estados nacionales en Iberoamérica, Córdoba-Zamora: UNC-Colegio de Michoacán, p. 441-476.

²⁴ ZIMMERMANN, Eduardo. Soberanía nacional y soberanías provinciales ante la Corte Suprema de Justicia. Argentina, siglo XIX. *Estudios Sociales, Revista Universitaria*, [S. l.], v. XXV, n. 48, p. 11-37, 2015.

²⁵ FIORAVANTI, Maurizio, Los derechos fundamentales..., cit.

²⁶ MARQUÉS DE BECCARIA. *Tratado de los delitos y las penas*. Trad. J. A. de las Casas. Madri: J. Ibarra, 1774.

consequência necessária do princípio da igualdade que estava na base do contrato social. Nessa lógica, para garantir os direitos, é necessário assegurar a primazia da lei e, para isso, não basta sancionar um código, é necessário criar instâncias capazes de garantir sua observância, como foi o caso do tribunal de cassação.

Com relação aos ideais que impulsionaram a criação da cassação na França, Piero Calamandrei disse: “a proclamação teórica da igualdade de todos os cidadãos perante a lei, a criação de um corpo único de leis iguais em abstrato para todos, teria se tornado, na realidade, uma desigualdade caótica se, na aplicação da lei aos vários casos individuais, os juízes tivessem sido capazes de dar significados diferentes à mesma regra”.²⁷, p. 389 De acordo com o jurista italiano, o contratualismo rousseauiano estava na base ideológica do “coeficiente doutrinário” que determinou a originalidade específica do sistema de cassação que emergiu da revolução, independentemente dos precedentes que poderiam ser encontrados no direito histórico. Com essas perspectivas, podemos voltar ao nosso projeto constitucional e avaliar melhor alguns dos problemas decorrentes de sua configuração mista.

3 CÓDIGOS E IGUALDADE PERANTE A LEI NO SISTEMA ARGENTINO

Como já mencionamos, em nosso sistema constitucional, a aplicação dos códigos materiais pelos tribunais provinciais estava, em princípio, isenta de um controle nomofilático superior, de acordo com a interpretação dada aos artigos 67, inciso 11, e 100 do texto de 1853-1860. Essa solução parecia ter sido consolidada com a aprovação da Lei 48 que, “em virtude das disposições do inciso 11, artigo 67, da Constituição”, excluía a possibilidade de recorrer à Suprema Corte para queixas baseadas na “interpretação ou aplicação pelos tribunais provinciais dos Códigos Civil, Criminal, Comercial e de Mineração”.²⁸ Configurou-se, assim, um esquema que parecia reproduzir, como já lembramos, a composição hispânica tradicional, com sua pluralidade jurisdicional e sua dinâmica de localização.

Sem uma instância superior comum, a aplicação do princípio da legalidade e, conseqüentemente, a aplicação efetiva da igualdade formal perante a lei, foi confiada aos tribunais provinciais que, diga-se de passagem, na segunda metade do século XIX, haviam mudado muito pouco em relação à era anterior.²⁹ Sob esse esquema, não havia como determinar se as províncias estavam ou não aplicando corretamente a lei codificada. É claro que esses problemas só começariam a assumir sua real dimensão após a promulgação do Código Civil. Como salientou Rosario Polotto, a promulgação do Código Civil exacerbou os debates sobre a relação entre o código civil unificador proposto e o regime federativo adotado por nosso país.³⁰, p. 4

Após a virada do século, a Suprema Corte começou a aceitar recursos contra sentenças de tribunais provinciais que não tinham qualquer base legal. Por meio da jurisprudência, foi

²⁷ CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile* (parte prima) [1920]. Opere Giuridiche. v. VI. Roma: Roma Tre Press, 2019 (a tradução do original para o castelhano foi realizada pelo autor).

²⁸ Ley 48, 1863, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116296/texact.htm>.

²⁹ Um balanço recente em BERARDI, Nicolás. *La construcción de un poder judicial en clave liberal y la persistencia de la dicotomía ciudad-campaña. Una historia de la justicia de Córdoba (1855-1883)*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2021.

³⁰ POLOTTO, “Unificación jurídica...”, cit.

criado o chamado recurso extraordinário para julgamento arbitrário. Essa doutrina, cujos primórdios podem ser rastreados até o caso *Rey vs. Rocha* de 1909, expandiu a competência da Suprema Corte para potencialmente ouvir o que a Lei 48 a proibia de fazer, ou seja, revisar a aplicação da lei comum pelos tribunais provinciais.^{31, p. 34-40} No entanto, esse recurso, criado por meio de jurisprudência, não pode ser comparado a uma ferramenta adequadamente nomofilática da lei material. Garantir que as autoridades públicas não se comportem de forma arbitrária não é o mesmo que garantir a observância e a interpretação uniforme dos códigos materiais. Embora essa nova via tenha ampliado a jurisdição da Corte no sentido indicado, a própria Corte apontaria que meros erros na interpretação do direito comum não autorizavam “o provimento do recurso com base na doutrina da arbitrariedade”.^{32, p. 619}

Ainda que seja frequentemente comparado a um “recurso de cassação por erros *ius in iudicando*”^{33, p. 607} ou a uma “cassação constitucional”³⁴, o recurso extraordinário federal, seja em sua regulamentação original ou em sua versão ampliada por meio da doutrina da arbitrariedade, não cumpre uma função nomofilática nem oferece uma instância para padronizar a interpretação dos códigos nacionais. Consequentemente, ela também não impede a aplicação desigual da lei entre as várias jurisdições provinciais. Em suma, não resolve o dilema que surge do projeto constitucional e de seu desenvolvimento legal: ou o federalismo e as jurisdições provinciais são respeitados, de acordo com a leitura predominante do art. 67, inciso 11 (agora 75, inciso 12), ou deve-se aceitar que não é possível garantir a observância uniforme da lei material comum em todo o país, com o conseqüente prejuízo que isso implica para o princípio da igualdade perante a lei (art. 16 da CN).

A opinião majoritária atual parece presumir que a opção correta é aceitar o condicionamento da estrutura federal, mesmo ao preço de contornar o princípio da igualdade perante a lei. Uma rápida olhada nas obras específicas mais proeminentes sobre questões processuais deixa a impressão de que, mesmo quando a base constitucional do recurso de cassação é abertamente apresentada com base no princípio da igualdade, as dificuldades que a estrutura federal implica para garantir a aplicação efetiva desse princípio não são abordadas.³⁵ Os desenvolvimentos contemporâneos no direito processual parecem ter desconectado o recurso de cassação do problema da igualdade perante a lei, limitando o objeto da uniformidade jurisprudencial ao domínio provincial ou aceitando que não é missão da Suprema Corte exercer essa função em questões de direito comum.³⁶ Eventualmente,

³¹ CARRIÓ, Genaro; CARRIÓ, Alejandro. *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

³² PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 14. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

³³ PALACIO, Manual..., cit..

³⁴ BERIZONCE, Roberto O. Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo modelo. *Anais... 4*, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales: U.N.L.P., p. 193-212, 2011; HITTERS, Juan Carlos. La casación nacional. Su estado actual. *Jurisprudencia Argentina*, [S. l.], p. 807-815, 1979-II, p. 808.

³⁵ Veja, por exemplo, HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. 2. de. La Plata: Platense, 1998; DE LA RÚA, Fernando. *La casación penal*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006; PASTOR, Daniel. *La nueva imagen de la casación penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

³⁶ Como exemplo paradigmático, sem apenas uma menção ao princípio da igualdade, DE LA RÚA, Fernando. *Consideraciones sobre el recurso de casación*. Universidad Nacional del Litoral: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1969, p. 545-557. Disponível em: <https://hdl.handle.net/11185/4800>. Sobre a missão da Corte limitada a uma “cassação constitucional”, ver BERIZONCE, “Las funciones de la Corte...”, cit., p. 195-196.

reconhece-se que a cassação tem um impacto sobre a igualdade, mas dentro da mesma “jurisdição judicial”.³⁷, p. 421

Essa leitura processual é consistente com uma sólida jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual a igualdade garantida pela constituição é limitada às leis e não à sua aplicação e, portanto, não é violada por diferentes interpretações do mesmo preceito legal em casos semelhantes pelos tribunais de diferentes jurisdições, nem pela existência de diferentes regimes processuais na ordem federal e provincial, entre outras razões.³⁸, p. 534

Embora retornemos a esse ponto, ressalto agora que, com nuances, a doutrina constitucional tem procurado encontrar uma base razoável para essa interpretação.³⁹, p. 93 e ss Em termos gerais, considera-se que a existência de um regime federal explica “a legitimidade da diversidade na aplicação de certos institutos”, como argumenta Sagüés. Em virtude disso, “a liberdade de critério dos juízes e a existência de múltiplas jurisdições permitem que a mesma regra de direito comum (por exemplo, o Código Civil) tenha diferentes interpretações em diferentes partes do país”. Embora o referido autor considere “discutível” a afirmação de que o princípio da igualdade não é violado aqui, ele explica que, nesse contexto, a igualdade “deve ceder à prevalência do princípio federativo de governo (art. 1º da Constituição Nacional)”, a menos que outra violação da Constituição permita um recurso extraordinário ao Tribunal.⁴⁰, p. 440-441

Assim, na interpretação predominante, o princípio da igualdade perante a lei é dissolvido em um princípio de igualdade perante a mesma jurisdição. Como essa solução pode ser considerada razoável? É suficiente alegar a estrutura federal e a leitura do Artigo 75, inciso 12, para justificar uma restrição tão óbvia ao princípio da igualdade? Existe alguma justificativa, de acordo com os princípios do direito liberal, para uma ponderação constitucional que respeite mais a distribuição de poderes jurisdicionais do que a igualdade perante a lei? Antes de tentar responder, é importante voltar à história e considerar o debate que se desenvolveu no contexto da primeira metade do século XX em torno dessas questões e, em seguida, analisar a jurisprudência da Suprema Corte e sua consolidação até os dias atuais.

4 A CASSAÇÃO NACIONAL E O PROJETO COLOMBO (PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX)

Durante as primeiras décadas do século XX, no contexto de um protagonismo exclusivo do Estado nacional, o próprio sistema federal pôde ser questionado por intelectuais de diferentes origens. Algumas expressões mais enfáticas, como a de Rodolfo Rivarola, chegaram a postular “a necessidade de pôr fim à experiência federalista e adotar um regime unitário baseado na centralização política e na descentralização administrativa”. Com argumentos semelhantes, Nicolás Matienzo apontou para um federalismo atenuado em seu livro sobre

³⁷ Assim, CAFFERATA NORES, José I.; TARDITTI, Aída. *Código Procesal Penal de Córdoba*. Tomo II, nota de rodapé 265.

³⁸ BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1996. Este autor, como logo veremos, tem sido um dos poucos em expressar sua crítica a esta posição da Corte.

³⁹ GARAY, La igualdad..., cit.; DIDIER, El principio de igualdad..., cit., p. 64-71.

⁴⁰ SAGÜÉS, Néstor P. *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo 2. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.



“governo representativo federal” de 1910.^{41, p. 69} Recentemente, María Pollítzer analisou o debate sobre essa questão no contexto da Universidade de Buenos Aires entre 1890 e 1916, período em que, pelo menos em nível teórico, o federalismo foi colocado “sob revisão”.⁴² É importante considerar esse contexto para entender o significado dos debates jurídicos, como veremos mais adiante.

Rosario Polotto recentemente reconstruiu uma série de argumentos desenvolvidos entre 1853 e 1936 sobre a tensão entre a lei codificada e o federalismo, destacando os argumentos sobre a necessidade de criar uma instância nacional de cassação para resolver as dificuldades apresentadas pelo sistema misto da Argentina. Para Polotto, estes debates não apenas buscavam na cassação um mecanismo para uniformizar a jurisprudência, mas também denotavam a intenção de legitimar uma jurisprudência criadora de leis que possibilitaria a adaptação do Código Civil a novas circunstâncias, sem a necessidade de reformá-lo por meio do parlamento. De qualquer forma, os testemunhos que ele oferece são muito eloquentes sobre o consenso que, a partir da década de 1910, existia entre os juristas argentinos sobre a necessidade de ter uma instância nacional de cassação para evitar o problema da disparidade de interpretações entre os tribunais provinciais. Vários argumentos desenvolvidos nesse contexto tiveram repercussão até meados do século XX.⁴³

O estudo de Polotto complementa um trabalho anterior de Ezequiel Abásolo, que analisou os debates ocorridos entre 1931 e 1943 sobre a necessidade de criar uma instância nacional de cassação. Para Abásolo, o argumento surgiu de sua própria experiência forense, impulsionada por juristas que exigiam “a implementação de um sistema de cassação que pusesse fim ao que eles denunciavam como contradições prejudiciais na jurisprudência”. O autor recupera, entre muitos outros, o testemunho de Emilio Reviriego, para expressar os termos em que o problema da jurisprudência não uniforme foi colocado: “...enquanto alguns tribunais consideravam que os irmãos naturais herdavam uns aos outros, outros tinham a visão oposta; que enquanto em certas jurisdições os magistrados sustentavam que o exercício da ação penal interrompia o prazo prescricional, em outras se defendia a posição oposta; que enquanto para alguns tribunais o empresário da construção tinha o caráter de comerciante, para outros seu status era completamente diferente”.^{44, p. 275}

Nesse contexto, a demanda acadêmica por uma instância nacional de cassação baseou-se, de acordo com Abásolo, na necessidade de garantir a unidade do direito argentino e de ajustar a ordem jurídica às demandas sociais da época. Foi até mesmo apontado que a prática da cassação fortaleceria a igualdade perante a lei na República. Esperava-se que a cassação fosse o remédio para superar o “casuísmo” e a “anarquia” causados por uma infinidade de decisões contraditórias. Isso evidenciou a necessidade de um órgão nacional que estabelecesse a “interpretação dos códigos” e “tornasse a comunidade de direito uma realidade em todo o território”.^{45, pp. 276, 280}

⁴¹ Ambas referências em ZIMMERMANN, Eduardo. *Los liberales reformistas: la cuestión social en la Argentina, 1890-1916*. Buenos Aires: Sudamericana, 1995.

⁴² POLLITZER, María. El Federalismo bajo revisión: preocupaciones, desafíos y propuestas desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1890-1916). *Revista de Historia Americana y Argentina*, [S. l.], v. 56, n. 1, p. 271-302, DOI: <https://doi.org/10.48162/rev.44.008>, 2021.

⁴³ POLOTTO, “Unificación jurídica...”, cit., *passim*.

⁴⁴ ABÁSULO, Ezequiel. Los juristas argentinos y el debate en torno a la casación (1931-1943). *Prudentia Iuris*, [S. l.], v. 54, p. 269-289, 2001.

⁴⁵ ABÁSULO, “Los juristas...”, cit.

Tanto Polotto quanto Abásolo lembram que o projeto de reforma constitucional promovido após o golpe militar de 1930 previa conceder à Suprema Corte o poder de “atuar como uma Corte de Cassação em recursos por violação ou inaplicabilidade da lei comum contra sentenças finais dos tribunais comuns em todo o território da Nação”. Entre outros testemunhos relevantes, ambos também evocam os debates e a opinião da IV Conferência Nacional de Advogados em 1936, onde foi expresso, com alguma discordância, que era oportuno e necessário criar uma jurisdição nacional de cassação para estabelecer a interpretação dos códigos materiais civil, comercial, criminal e de mineração.⁴⁶, p. 277, 282-283 Alguns juristas, como Salvador Dana Montaña ou Juan Antonio González Calderón, argumentaram na imprensa (*La Nación*, 1931) que não era aceitável que o Código Civil fosse “interpretado e aplicado com quinze critérios diferentes pelos tribunais locais” e que não havia como padronizar “a jurisprudência em questões de direito comum”.⁴⁷, p. 278

Com relação a como materializar essa instância, tanto nos primeiros precedentes analisados por Polotto quanto nos debates estudados por Abásolo, várias propostas foram contempladas. Alguns acreditavam que era necessária uma reforma constitucional, enquanto outros sugeriam um pacto interprovincial. Uma terceira visão, defendida por Lafaille com base em argumentos anteriores, sustentava que era possível fazer isso por meio de um ato do Congresso, uma vez que “a unidade legislativa imposta pela constituição necessariamente implicava e admitia a unidade da jurisprudência”. Nessa visão, os tribunais provinciais mantinham seu poder de aplicar a lei, mas sua interpretação final seria deixada para uma instância nacional de cassação no modelo francês ou italiano.⁴⁸, p. 283

Como resultado desses debates, várias províncias incorporaram recursos destinados a unificar a jurisprudência em suas jurisdições, embora nenhuma das propostas de âmbito nacional tenha sido bem-sucedida. Abásolo sugere que a publicação, em 1943, do livro de Carlos J. Colombo, “*La Corte Nacional de Casación*”, uma obra que incluía um projeto de lei do autor, “representou o ponto culminante dos esforços intelectuais argentinos com relação à unidade da jurisprudência”.⁴⁹, p. 289 Tomando-o como referência marcante para encerrar seu período de estudos, Abásolo não entra na análise de uma obra cujo maior mérito, talvez, esteja em oferecer uma sistematização dos argumentos apresentados nas décadas anteriores sobre o tema. Por essa razão, algumas passagens do livro de Colombo são muito significativas para o argumento que estou desenvolvendo aqui.

Além de um exaustivo estado da arte do tema, Colombo oferece um estudo comparativo detalhado dos sistemas de cassação em diferentes países do mundo. No que diz respeito ao caso argentino, ele se une àqueles que argumentaram que a criação de uma instância nacional de cassação não contradizia a letra da Constituição, pois era compatível com o federalismo argentino e, portanto, poderia ser alcançada por meio de legislação. Para esse fim, ele propôs a criação de uma Corte Nacional de Cassação que deveria cumprir uma função nomofilática, sem entrar no mérito do caso ou ouvir reclamações de defeitos processuais (para não invadir a esfera de aplicação dos tribunais provinciais). Como outros juristas (Espil, Lafaille), ele entendeu que o obstáculo para a criação de uma instância nacional de cassação, ou para que a Suprema Corte cumprisse essa função, não era a Constituição, mas a Lei 48: “O erro dos autores da Lei 48 consistiu em copiar uma lei restritiva - a de 24 de setembro de 1789 - que

⁴⁶ POLOTTO, “Unificación jurídica...”, cit.pp.16-21; ABÁSULO, “Los juristas...”, cit.

⁴⁷ ABÁSULO, “Los juristas...”, cit.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Idem*.

deveria ser limitada, *porque nos Estados Unidos os códigos materiais não são leis nacionais, e querer que a restrição se aplique em nosso país, quando a situação é oposta: os códigos são leis nacionais*".⁵⁰, p. 163

Desse ponto de vista, a unidade da legislação material estabelecida pela Constituição Nacional implicava necessariamente a possibilidade de criar essa instância para padronizar a interpretação da lei comum. A cassação nacional era o único meio de tornar a unidade legislativa uma realidade. Nesse sentido, Colombo argumenta: "...o que viola a Constituição Nacional é o sistema atual, que multiplica o direito material por dezesseis, violando flagrantemente a Constituição Nacional". Sua perplexidade diante da interpretação - ainda hoje em vigor - leva-o a sustentar enfaticamente que a Constituição Nacional "jamais poderia pretender que uma coisa fosse e não fosse ao mesmo tempo; que em tese houvesse um só Código Civil, e que na prática houvesse tantos quantos fossem os tribunais competentes no país".⁵¹, p. 142

Entre os inúmeros argumentos sobre a necessidade de uma cassação nacional, há um que nos interessa particularmente: "o sistema atual", diz Colombo, "ao permitir jurisprudência contraditória (sic), viola o princípio constitucional de que todos os habitantes são iguais perante a lei". Nesse ponto, ressoa o "coeficiente doutrinário" que Calamandrei colocou na raiz da cassação francesa: "O princípio da soberania do povo implica não apenas o reconhecimento da igualdade política de todos os membros da comunidade, mas também a igualdade dos direitos privados, em identidade de circunstâncias". Finalmente, apelando para o argumento de autoridade, Colombo relembra os muitos autores (incluindo Calamandrei, juntamente com outros juristas como Morel e De Pina) que argumentaram que "sem cassação, não há possibilidade de manter a igualdade perante a lei".⁵², p.168-169

Embora Colombo sustente, como vimos, que o obstáculo para uma cassação nacional não estava na Constituição, mas na Lei 48, talvez como uma forma de reforçar a compatibilidade com o federalismo, em seu projeto ele propõe uma Corte Nacional de Cassação com integração representativa das províncias. De fato, essa corte deveria ser composta por um conselheiro de cada província e outro da Capital Federal. Além disso, o projeto estipula que, no processamento da apelação, "o Conselheiro da província em cujos tribunais a sentença apelada foi proferida deve sempre intervir".⁵³, p. 16 Aqui surgiu uma ligação entre justiça e representação política que, além das razões pragmáticas que poderiam motivá-la, não estava sem raízes na tradição jurídica pré-moderna.⁵⁴ Entretanto, é importante destacar que a narrativa de Colombo é guiada por uma percepção da nação na qual as disputas regionais parecem ser coisa do passado. "Hoje não se pode mais conceber seriamente - diz Colombo - que um portenho tenha animosidade contra um jujeño ou que os mendocinos tenham má vontade com os santafecinos, simplesmente por causa da diferença de local de origem".⁵⁵, p. 13

⁵⁰ COLOMBO, Carlos J. *La Corte Nacional de Casación*. Tomo I. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1943, no original. Para os pontos enunciados neste parágrafo, ver a "Introdução", p. 7-24.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

⁵³ COLOMBO, Carlos J. *La Corte Nacional de Casación*. Tomo I. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1943 e t. II, p. 378-379.

⁵⁴ Ver COSTA, Pietro. El problema de la representación política: una perspectiva histórica. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, v. 8, p. 15-61, 2004.

⁵⁵ COLOMBO, La Corte Nacional..., cit., t. I.

Entre uma nação imaginária mais homogênea e um tribunal representativo das províncias, a possibilidade de estabelecer um sistema de cassação nacional para padronizar a interpretação dos códigos e garantir a igualdade perante a lei parecia uma demanda plenamente justificada para grande parte dos juristas. Como Abásolo observou, a posição a favor da cassação nacional “estava ligada a diferentes concepções do Estado, da lei e do papel do poder legislativo”, e ficou claro que a maioria dos juristas apoiava, sem maiores reservas, o crescente papel do Estado e suas tendências centralizadoras.^{56, p. 288} Se a opinião dos juristas parecia unânime sobre a necessidade de criar uma instância nacional de cassação, o principal ponto de discordância se concentrava na questão desta criação ser possível sem a necessidade de reformar a constituição. Aqueles que, como Colombo, assumiram a distinção sugerida por Lafaille entre aplicar e interpretar a lei, entenderam que não era contrário ao espírito da constituição estabelecer uma instância nacional de cassação por meio de uma simples reforma legislativa, preservando a aplicação dos Códigos pelas províncias e atribuindo à Suprema Corte ou a um tribunal específico a função de padronizar sua correta interpretação. Por outro lado, havia aqueles que, embora reconhecessem a necessidade de uma cassação nacional, entendiam que, com a atual redação da Constituição, especialmente com as reviravoltas federalistas acrescentadas na reforma de 1860, só era possível criar tal instância por meio de uma reforma da Carta Magna.⁵⁷

5 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE E A REFORMA DE 1949

Apesar do consenso acadêmico, a Suprema Corte manteve durante esses anos uma interpretação restritiva de sua jurisdição sobre a aplicação dos códigos nacionais. Em sua sentença proferida no caso *Calderón y Roperó*, aludindo expressamente ao sentido “federalista” imposto pela reforma de 1860, a Corte considerou que tanto a letra quanto o espírito da Constituição e das leis orgânicas rejeitavam “a pretensão dos réus de obter uma declaração de inconstitucionalidade por desigualdade derivada da diferente interpretação dos tribunais locais em assuntos de sua competência; ou seja - acrescentou a Suprema Corte - uma declaração de cassação alheia às suas funções”. Além da reforma de 1860, a Suprema Corte citou uma sentença do ano anterior (*Fallos*, 187, p. 330) e um debate legislativo de 1857 no qual o Congresso, por ocasião de um tratado interprovincial sobre a administração da Justiça, rejeitou a possibilidade de que a Suprema Corte pudesse ouvir “questões de jurisdição provincial, por mais que as províncias desejassem se submeter ao seu julgamento”.^{58, p. 213}

Os poucos precedentes citados em Dordal sugerem que o conflito entre uniformidade legislativa, federalismo e igualdade perante a lei estava apenas começando a se tornar relevante. A crescente centralização do Estado, em sintonia com o que parecia ser um fenômeno global, implicava um cenário muito diferente daquele que havia marcado a origem do nosso federalismo.⁵⁹ No âmbito dessas tendências, a reforma constitucional de 1949 veio para dar a guinada que os debates acadêmicos vinham preparando. Embora tenha mantido a

⁵⁶ ABÁSULO, “Los juristas...”, cit.

⁵⁷ Neste sentido, ver a tese de doutorado de Américo Cali, defendida em Córdoba em 1945 e publicada dois anos depois, CALI, Américo. *Corte Nacional de Casación*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1947.

⁵⁸ *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* [en adelante *Fallos*], López, Buenos Aires, t.189, 1941.

⁵⁹ Sobre a percepção, naqueles anos, de uma crescente centralização estatal além de nossas fronteiras, LINARES QUINTANA, Segundo V., “Federalismo y Centralización Política”, *La Ley*, XXVI, 1942, pp. 950-952.

combinação entre a codificação substantiva nacional e a competência jurisdicional das províncias (68, inciso 11 no texto de 1949), a reforma concedeu competência expressa de cassação à Suprema Corte, incluindo o caráter obrigatório de sua jurisprudência em questões de interpretação dos códigos. O novo texto também previa que uma lei deveria regular os procedimentos para os “recursos extraordinários de cassação e para obter a revisão da jurisprudência”.⁶⁰ A harmonização entre a nova função de cassação da Suprema Corte e a preservação das jurisdições provinciais como as mais altas instâncias de aplicação dos códigos envolveria a aceitação da diferença entre estabelecer a interpretação correta da lei, por um lado, e subsumir os casos à norma (de aplicação) reservada às províncias, por outro.^{61, p. 39-43}

Desta maneira, embora a reforma de 1949 tenha representado uma inovação substancial em relação à tradição constitucional anterior, no aspecto que nos interessa aqui, ela se limitou a incorporar uma mudança que, como vimos, havia sido exigida por grande parte dos juristas.^{62, pp. 7-11 e 51} Em seu “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial” (edição de 1956), Hugo Alsina expressou que essa norma veio a satisfazer, de certa forma, a insistente demanda que a doutrina e as associações profissionais tinham expressado em favor da criação de uma Corte Nacional de Cassação, a fim de evitar diferentes interpretações da mesma lei entre as diferentes províncias. O autor acrescentou que, na ausência da lei reguladora mencionada no texto constitucional, muitos tribunais entendiam que a jurisprudência da Corte não era vinculante enquanto o recurso de cassação não fosse regulamentado.^{63, p. 264}

A lei regulatória mencionada nunca foi promulgada. Entretanto, com base em uma série de leis relativas à uniformidade jurisprudencial em determinados tribunais, a Suprema Corte se afastou da doutrina anterior e reconheceu que a jurisprudência contraditória violava o princípio da igualdade perante a lei. No caso *Goeschy vs. Astengo*, de 1953, o tribunal considerou que “é admissível o recurso extraordinário baseado na violação do princípio constitucional da igualdade devido à existência de decisões judiciais contemporâneas que, interpretando os mesmos textos legais, chegam a conclusões opostas e decidem de maneiras diferentes, dependendo da jurisdição territorial correspondente aos tribunais em que surgiram, problemas idênticos que afetam, de maneira geral e uniforme, todos os envolvidos em uma determinada atividade laboral. Em tal situação, a igualdade parece estar seriamente comprometida e contradiz o objetivo de homogeneidade na aplicação das leis apoiadas pelo 2º Plano Quinquenal do Governo”.^{64, p. 413, 429-430}

Como se pode ver, além das tendências acadêmicas e da nova estrutura constitucional, a Corte contemplou o objetivo de homogeneizar a aplicação das leis incluídas no programa

⁶⁰ O novo Artigo 95 estabeleceu: “A Suprema Corte de Justiça deverá julgar, como uma Corte de Cassação, a interpretação e o entendimento dos códigos mencionados no parágrafo 11 do Artigo 68. A interpretação feita pela Suprema Corte de Justiça dos artigos da Constituição por meio de recurso extraordinário, e dos códigos e leis por meio de recurso de cassação, será obrigatoriamente aplicada pelos juízes e tribunais nacionais e provinciais. Uma lei regulará o procedimento para recursos extraordinários em cassação e para obter uma revisão da jurisprudência”.

⁶¹ SARTORIO, La casación..., cit.

⁶² *Idem*.

⁶³ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil*, I Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1956.

⁶⁴ *Fallos*, t. 227, 1953.

político do governo.⁶⁵ Também vale a pena observar que a Corte procedeu por meio do recurso extraordinário federal, por violação do princípio da igualdade, e não pelo novo poder de cassação concedido pela nova constituição e que não estava regulamentado.

Após o golpe de Estado de 1955 e a conseqüente mudança em sua composição, a mais alta corte voltou à doutrina anterior. Em dezembro daquele ano, no caso *Rovegno v. Ducilo*, com o texto de 1949 ainda em vigor, a Corte sustentou que o novo recurso de cassação não era “viável” até que fosse legalmente regulamentado e que seu objetivo era diferente do recurso extraordinário federal. Também se referiu ao precedente estabelecido em *Goeschy*, para argumentar que essa interpretação não era compatível com as disposições dos artigos 68, inciso 11, e 95 da Constituição, na medida em que excluía de sua jurisdição “casos que tratam de pontos regidos pela legislação comum ditada pelo Congresso para toda a República”. Por fim, evocou a doutrina do caso *Dordal* para afirmar que “a igualdade garantida pelo art. 28 da Constituição Nacional aos habitantes do país é a igualdade perante a lei, de modo que nenhuma norma legal pode estabelecer diferenças de tratamento entre eles em situações que são substancialmente idênticas” e que não comporta violação desta garantia “o fato de que os tribunais de justiça, nacionais ou provinciais, no exercício de seu poder de julgar aplicando as leis comuns ditadas pelo Congresso para toda a República”, interpretam essas leis “de forma diferente para uma situação jurídica semelhante”.⁶⁶, p. 173-180

Em sua “história ideológica” da Corte, Héctor José Tanzi argumenta que a doutrina estabelecida pela nova composição da Corte em 1955 “apresenta uma manifesta desigualdade diante de diferentes decisões judiciais” sem que haja uma instância para defini-las “quando a Corte teria em seu poder a possibilidade de unificar a jurisprudência sem que pareça necessário regular o recurso de cassação”. A persistência dessa “lamentável doutrina”, de acordo com Tanzi, implica uma “grave deficiência” diante do aumento da jurisprudência contraditória em nível nacional.⁶⁷, p. 45-49 Como já mencionamos, ao contrário do que ocorreu na primeira metade do século XX, a doutrina da Corte ganhou consenso na segunda metade do século, com pouquíssimas opiniões críticas como a que acabo de citar.

6 UMA “DESIGUALDADE TOLERADA”. CONSENSO DOUTRINÁRIO, ALGUMAS DISSONÂNCIAS.

Nas palavras de Sagüés, posso dizer que a Corte interpreta o princípio da igualdade como uma garantia contra a “desigualdade da lei e não da interpretação”.⁶⁸, p. 438 Em decisões mais recentes, a Corte tem insistido que “a garantia da igualdade só pode ser invocada em face de tratamento discriminatório decorrente da norma legal, mas não da interpretação que os tribunais fizeram dela”, declarando-se incompetente para conhecer de casos que envolvam a violação do princípio da igualdade em tais casos, “qualquer que seja o erro ou acerto” da decisão contestada.⁶⁹ O mesmo critério tem sido mantido pela Corte, pelo menos desde 1945,

⁶⁵ Sobre a harmonia política entre a Suprema Corte e o governo peronista, ABÁSULO, Ezequiel. *La Corte Suprema durante el régimen peronista (1947-1955)*. In: SANTIAGO, Alfonso. *Historia de la Corte Suprema Argentina*. Tomo II. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013, p. 481-525.

⁶⁶ *Fallos*, t. 233, 1955.

⁶⁷ TANZI, HÉCTOR J. *Historia ideológica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1955-1966)*. *IUSHISTORIA*, Revista Electrónica, [S. l.], v. 3, p. 1-169, 2006.

⁶⁸ SAGÜÉS, Elementos..., cit., t. 2.

⁶⁹ Assim em Kohen, de 1989, e Mussini, de 1974, em SAGÜÉS, Elementos..., cit., p. 437-438.

para as decisões administrativas, exceto em casos extremamente excepcionais.^{70, p. 33} Dessa forma, a garantia constitucional da igualdade só é eficaz diante de uma formulação normativa vazia, como um limite para o legislador, mas não opera diante do significado normativo que os diferentes tribunais, ou órgãos administrativos, dão ao texto legal, a menos que a decisão seja considerada arbitrária. Em outras palavras, não seria o princípio da igualdade que abriria a jurisdição para a Corte, mas a doutrina do julgamento arbitrário.

Na segunda metade do século XX, a Corte começou a aceitar recursos com base nessa doutrina com maior frequência, o que, para muitos juristas, implicou a abertura “ampla” de um canal pretoriano de natureza excepcional, convertendo a alta corte em “uma quase terceira instância semelhante à das Cortes de Cassação...”.^{71, p. 167} Em reação ao excesso de trabalho gerado por essa via, não faltaram projetos para criar uma instância intermediária, alguns deles semelhantes às propostas da primeira metade do século que analisamos, mas não mais guiados pelo critério de tornar efetiva a unidade da legislação, mas por razões pragmáticas ligadas à necessidade de gerenciar recursos contra sentenças arbitrárias e aliviar o volume de casos que chegam à mais alta Corte. Para o consenso majoritário, essa instância intermediária não poderia ter uma função unificadora na jurisprudência relativa à aplicação dos códigos materiais, uma vez que, de acordo com a doutrina da Corte, os tribunais provinciais são autônomos a esse respeito.⁷²

Uma voz dissonante tem sido a de Bidart Campos, para quem a jurisprudência contraditória e sincrônica viola o princípio constitucional da igualdade perante a lei e, portanto, a Suprema Corte teria competência para julgar tais casos e unificar a jurisprudência, mesmo diante de decisões de tribunais provinciais. Ao longo de diferentes obras, esse autor manteve uma posição próxima aos termos dos debates das primeiras décadas do século XX. Nesse sentido, ele expressou sua adesão à doutrina da decisão de Goeschy de 1953, mantendo como critério geral que é necessário passar da “legislação única” para a “interpretação única” a fim de preservar a igualdade jurídica protegida pela Constituição, “não obstante a pluralidade de órgãos judiciais de aplicação (quando as circunstâncias dos casos são análogas)”.^{73, pp. 556-558; 564-565}

Na mesma linha, Bidart Campos argumentou que o princípio da igualdade deve ser entendido no triplo sentido de igualdade perante a lei, perante a administração e perante a jurisdição, uma vez que o Estado não pode tratar de forma desigual aqueles que se encontram em situações semelhantes “nem ao legislar, nem ao administrar, nem ao julgar”.^{74, p. 512-513} Com toda ênfase, argumentando em favor da jurisprudência obrigatória, ele afirmou: “Não há nada tão inconstitucional quanto aplicar a mesma lei em casos semelhantes fazendo

⁷⁰ GARAY, *La igualdad...*, cit.

⁷¹ MORELLO, Augusto. La Casación Nacional. Estado de la cuestión [La creación de un Tribunal Intermedio]. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Sociales. *Anais [...]*, Segunda Época, v. XXXIII, n. 26, t. I, p. 165-187, 1988.

⁷² Além do texto citado na nota anterior, veja GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; HERRERA, Marisa. Reformar para transformar: la creación de un tribunal federal de revisión de sentencias arbitrarias. *Rubinzal online*, [S. l.], Doctrina 66/2021, Disponível em: <https://rubinzalonline.com.ar/index.php/index/index/doctrinaOnline/2113534/>. Sobre outras estratégias para lidar com a sobrecarga de trabalho na mais alta corte, com referências ao direito comparado, BERIZONCE, “Las funciones de la Corte...”, cit., p. 273.

⁷³ BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva edición. Tomo II B. Buenos Aires: Ediar, 2005.

⁷⁴ BIDART CAMPOS, Germán. Igualdad ante la ley y desigualdad en su aplicación. *El Derecho*, [S. l.], t. 78, 1978.

interpretações desiguais dessa lei”.^{75, p. 1492} Para superar o obstáculo que a redação do artigo 75, inciso 12 (que reserva a aplicação dos códigos às jurisdições locais) parece implicar, ele recorre à distinção entre aplicação e interpretação, supondo que, sem infringir a competência dos tribunais provinciais, a Corte poderia favorecer a unificação interpretativa por meio do recurso extraordinário, possibilitado pela violação do artigo 16 da Constituição, enquanto um sistema federal de cassação ainda não foi instituído.^{76, p. 442-443}

A posição quase solitária de Bidart Campos se aproxima, em muitos aspectos, do consenso que parecia predominar entre os juristas argentinos durante a primeira metade do século passado.⁷⁷ Ao contrário, como já dissemos, o consenso atual tende a ratificar a linha de argumentação da Corte no plano teórico. Em um dos estudos mais detalhados sobre o princípio da igualdade, publicado em 1989, Alberto Garay dedicou uma longa análise à questão, incluindo uma seção para refutar a posição de Bidart Campos.

Garay contrapõe a plausibilidade da distinção entre aplicação e interpretação e argumenta que a estrutura constitucional argentina implica que os juízes, nas diversas jurisdições, têm liberdade de julgamento e, em casos semelhantes, podem diferir de outros juízes. Isso ocorre porque a unidade legislativa estabelecida no artigo 67, inciso 11 (agora 75, inciso 12) “não implica unidade ou uniformidade da jurisprudência nacional e provincial”. Portanto, quando diferentes tribunais resolvem um caso análogo de forma contraditória, eles não transgridem a Constituição, mas sim incorrem, eventualmente, em “uma desigualdade tolerada pela Lei Fundamental porque responde ao mesmo sistema que ela criou”.^{78, p. 122}

Chama a atenção o fato de Garay criticar a doutrina restritiva da Corte com relação às decisões administrativas, mas endossar, por outro lado, a mesma restrição com relação às decisões jurisdicionais. Isso foi apontado por Carlos S. Nino, para quem a posição da Corte limita absurdamente os ataques à igualdade àqueles provenientes do legislador, mas não dos funcionários administrativos, sendo inadmissível que essa crítica não se estenda também ao caso das decisões jurisdicionais. Para Nino, quando o mesmo texto legal, em casos semelhantes e de forma sincrônica, “está sujeito a duas interpretações opostas, é como se duas leis diferentes estivessem sendo aplicadas aos indivíduos em questão...”, o que afetaria, em princípio, a garantia da igualdade, possibilitando a intervenção da Corte em casos federais.^{79, p. 440, 442}

Nino, no entanto, distancia-se do ponto de vista de Bidart Campos e assume que “a garantia da igualdade não é afetada quando o tratamento diferenciado provém de aparelhos estatais autônomos”. Para explicar essa limitação, o autor interpreta a Constituição (art. 75, inciso 12) como “estabelecendo um sistema de coprodução normativa entre a Nação, que emite o texto, e as províncias, que o interpretam”. Nesse sentido, o princípio da igualdade só seria operativo para se opor à jurisprudência contraditória sincrônica dentro da “mesma jurisdição”.^{80, p. 442, 443} Dessa forma, sua crítica a Garay perde consistência, pois, de acordo com

⁷⁵ BIDART CAMPOS, Germán. Jurisprudencia obligatoria. *La Ley*, [S. l.], 2001.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ Na mesma linha, advertindo contra o risco de dividir os códigos substantivos em tantos códigos quantas forem as jurisdições provinciais, LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. Parte General. Tomo 1. 16. ed. Buenos Aires: Perrot, 1996, p. 87. É uma tarefa pendente rastrear a opinião atual dos advogados civis sobre esse ponto.

⁷⁸ GARAY, La igualdad..., cit.

⁷⁹ NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

⁸⁰ NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

essa leitura, chega-se à mesma conclusão sobre uma espécie de “desigualdade tolerada” pelo próprio sistema, como proposto por esse autor. Ambas as soluções dão suporte teórico à posição da Corte e parecem reafirmar a ponderação expressa por Sagüés, segundo a qual, como vimos, a igualdade estabelecida na Constituição cede lugar ao princípio federativo de governo.

■ REFLEXÕES FINAIS: FEDERALISMO, DIREITOS E IGUALDADE PERANTE A LEI

Qualquer que seja o caminho argumentativo que sustente o atual consenso sobre o problema da igualdade e da jurisprudência contraditória em matéria de direito comum, chega-se a uma delicada conclusão: o princípio da igualdade (e por que não o princípio da legalidade?) se dissolve em um princípio de igualdade perante a mesma jurisdição, como se o domínio territorial de validade dos códigos nacionais pudesse ser fragmentado para se adaptar plasticamente às diversas leituras das diferentes jurisdições, a menos que estas incorram em uma interpretação grosseiramente arbitrária que permita a intervenção da Corte.

Assim formulada, parece uma conclusão difícil de conciliar não apenas com os fundamentos teóricos dos sistemas baseados na codificação do direito nacional, mas também com os critérios de justificação do discurso moral liberal. Considere, por exemplo, que o próprio Nino reconheceu que, dadas as suposições universalistas de uma concepção liberal da sociedade, pertencer a uma nação não poderia ser considerado um fator moral relevante para o tratamento diferenciado: “não parece haver uma diferença moral relevante entre aqueles que entram na comunidade política pela maternidade ou por um aeroporto”.⁸¹, p. 421-422 Se isso implicava toda uma série de esforços de justificação para aceitar certas diferenças no tratamento de estrangeiros, por que deveríamos aceitar que cidadãos do mesmo país, regidos pela mesma lei material, possam ser tratados de forma diferente por jurisdições provinciais, por nenhuma outra razão que não seja uma determinada interpretação da Constituição? É possível justificar, do ponto de vista da moral liberal, que um princípio que diz respeito diretamente aos direitos individuais deva dar lugar a um princípio relacionado à distribuição de poder?

Do ponto de vista histórico-jurídico, não é meu objetivo determinar a posição teórica correta, nem propor uma solução alternativa. Estou interessado apenas em situar o problema em um horizonte de médio e longo prazo, a fim de ponderar os fatores tradicionais que influenciam tacitamente a aceitação da solução atual, bem como destacar seu caráter contingente. A esse respeito, a mudança de opinião entre os juristas do início e do final do século XX é indicativa. Se os primeiros pareciam compartilhar uma demanda geral para que a unidade da legislação fosse efetivamente realizada em uma unidade de jurisprudência, os últimos, com poucas exceções, parecem ter adotado uma visão que tendia a racionalizar a jurisprudência que a mais alta corte consolidou a partir de 1955. A atitude diferente, muito significativa entre os processualistas, pode ser observada nas conclusões do X Congresso Nacional de Direito Processual (Salta, 1979), no qual, ao contrário do que ocorreu na primeira metade do século, considerou-se que não era apropriado “promover a criação de uma Corte

⁸¹ *Idem.*

Nacional de Cassação”, ao mesmo tempo em que se considerou necessário que ela existisse nas províncias e nos tribunais nacionais e federais.^{82, p. 807} A divisão jurisdicional da lei, protegida em cada distrito por mecanismos diferentes e não unificados, foi assim consagrada.

É possível sugerir que, seguindo o argumento de Abásolo, essa mudança de opinião pode ter sido influenciada pelas diferentes concepções do papel do Estado nacional que prevaleceram em ambos os cenários. Esse argumento mereceria mais desenvolvimento, mas é uma hipótese plausível. A reforma de 1949, com a concessão de uma função de cassação à Corte, oferece uma boa indicação de que o então crescente protagonismo do Estado nacional ofereceu uma estrutura propícia para uma mudança que os juristas da época vinham pedindo nas décadas anteriores. Pelo contrário, as dificuldades envolvidas na reversão da leitura predominante da Constituição e as razões prudenciais que desencorajaram sua reforma, juntamente com o lugar hegemônico que o federalismo adquiriu no discurso político em tempos mais recentes, parecem influenciar o raciocínio da doutrina majoritária hoje. De qualquer forma, a mudança, por si só, é um indicativo de que uma leitura da Constituição mais favorável ao princípio da igualdade era possível. Colombo diria que acabamos por “naturalizar o erro”, acostumando-nos a ler decisões contraditórias sem que isso provoque reação dos juristas.^{83, p. 79}

Pode-se supor, com resignação, que uma posição alternativa geraria consequências políticas excessivamente complexas devido ao suposto prejuízo às autonomias provinciais. Entretanto, esse argumento pragmático não torna mais razoável uma interpretação em desacordo com o princípio da igualdade, nem explica a aquiescência teórica dos juristas. É verdade que hoje existem argumentos válidos para sustentar que, em determinadas circunstâncias, uma interpretação diferenciada da lei é justificada. Assim, por exemplo, a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de 1989, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, exigem que certas características dos grupos étnicos sejam levadas em conta ao aplicar a lei geral do Estado a eles.⁸⁴ Mas esse não parece ter sido o caso em nossas jurisdições provinciais, cujos distritos não respondem a características étnicas distintas.

Por fim, pode-se argumentar que a razoabilidade da abordagem atual deriva do fato de que os direitos individuais são mais bem garantidos pelas jurisdições provinciais e que isso justifica um poder de interpretação diferenciado. Algumas opiniões apontaram, nesse sentido, que uma instância nacional de cassação implicaria aprisionar a capacidade criativa dos tribunais provinciais.^{85, p. 179} Não posso avaliar aqui o compromisso com os direitos que os tribunais locais demonstraram em todas as províncias. Mesmo assim, isso não resolveria o problema da interpretação desigual da lei. Além disso, em um nível mais geral, vale a pena lembrar que o Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre o cumprimento do Pacto de Direitos Civis e Políticos pela Argentina observou com preocupação, em 2010, que “devido ao sistema

⁸² Referência em HITTERS, *La casación nacional...*, cit. Na época desse artigo (1979), parecia claro que uma cassação em nível nacional só seria possível por meio de uma reforma constitucional (que não era considerada oportuna) ou, no máximo, por meio de pactos interprovinciais, *Idem*, p. 814.

⁸³ COLOMBO, *La Corte...*, cit., t. 1.

⁸⁴ Para todos, DE SOUSA SANTOS, Boaventura; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (ed.) *Justicia indígena, Plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Abya-Yala: Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.

⁸⁵ MORELLO, “La Casación...”, cit.

federal de governo, muitos dos direitos estabelecidos no Pacto não são protegidos de maneira uniforme em todo o território nacional (Art. 2 do Pacto)”.^{86, p. 2}

É possível, então, que o obstáculo ao desenvolvimento de uma jurisprudência constitucional centrada nos direitos individuais e no valor axiomático do princípio da igualdade não esteja na criação de uma instância estatal centralizada, mas na fragmentação jurisdicional derivada da matriz sobre a qual o federalismo argentino foi construído. De uma perspectiva histórica mais ampla, a solução atual pode, portanto, ser vista como o eco distante de uma longa tradição que sempre foi mais sensível a razões de distribuição de poder do que a critérios de direitos individuais. A estratégia eclética de nossos constituintes não só teria combinado dois modelos alternativos em vigor, mas também teria implicado, em consonância com o que foi apontado para o primeiro constitucionalismo hispânico, uma combinação de elementos tradicionais com inovações típicas do discurso jurídico moderno.^{87, p. 99-162} Nesse delicado jogo de combinações, talvez a velha matriz integrada por jurisdições locais zelosas, com sua dinâmica de localização do direito, não tenha deixado de marcar a leitura atual da Constituição.

REFERÊNCIAS

- ABÁSULO, Ezequiel. La Corte Suprema durante el régimen peronista (1947-1955). In: SANTIAGO, Alfonso. *Historia de la Corte Suprema Argentina*. Tomo II. Buenos Aires: Marcial Pons, 2013, p. 481-525.
- ABÁSULO, EZEQUIEL. Los juristas argentinos y el debate en torno a la casación (1931-1943). *Prudentia Iuris*, [S. l.], v. 54, p. 269-289, 2001.
- AGÜERO, Alejandro. Autonomía por soberanía provincial. Historia de un desplazamiento conceptual en el federalismo argentino (1860-1930). *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 43, p. 341-392, 2014.
- AGÜERO, Alejandro. Ciudad y poder político en antiguo régimen. La tradición castellana. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor; AGÜERO, Alejandro (coord.). *El Derecho Local en la periferia de la Monarquía Hispana, siglos XVI-XVIII*. Buenos Aires: INHIDE, p. 121-184.
- AGÜERO, Alejandro. De privilegios fundacionales a constituciones. Territorio y jurisdicción en el origen de las provincias argentinas. In: AGÜERO, Alejandro *et al.* (coord.). *Jurisdicciones, soberanías administraciones*. Configuración de los espacios políticos en la construcción de los estados nacionales en Iberoamérica, Córdoba-Zamora: UNC-Colegio de Michoacán, p. 441-476.
- AGÜERO, Alejandro. Local Law and Localization of Law. Hispanic legal tradition and colonial culture (16th – 18th centuries). In: MECCARELLI, M.; SOLLA SASTRE, J. (ed.). *Spatial and*

⁸⁶ NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Comité de Derechos Humanos, 98.º período de sesiones, “Examen de los informes presentados por los estados parte con arreglo al artículo 40 del Pacto”, New York, 2010, observación 8.

⁸⁷ GARRIGA, Carlos. Cabeza moderna, cuerpo gótico: la Constitución y el orden jurídico. *Anuario de Historia del Derecho Español*, [S. l.], v. LXXXI, 2011.

- Temporal Dimensions for Legal History: Research experiences and Itineraries*. Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2016, p. 101-129.
- AGÜERO, Alejandro. Law and criminal justice in the Spanish colonial order and the problematic enforcement of the legality principle in the early national law in Argentina. In: MARTYN, GEORGES et al. (eds.). *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013, p. 229-251.
- ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina [1852]*. Buenos Aires: Losada, 1993.
- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil*, I Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1956.
- BERALDI, Nicolás. La construcción de un poder judicial en clave liberal y la persistencia de la dicotomía ciudad-campaña. Una historia de la justicia de Córdoba (1855-1883). 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2021.
- BERIZONCE, Roberto O. Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo modelo. *Anais... 4*, Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales: U.N.L.P., p. 193-212, 2011.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Historia política y constitucional argentina*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1976.
- BIDART CAMPOS, Germán. Igualdad ante la ley y desigualdad en su aplicación. *El Derecho*, [S. l.], t. 78, 1978.
- BIDART CAMPOS, Germán. Jurisprudencia obligatoria. *La Ley*, [S. l.], 2001.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1996.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Nueva edición. Tomo II B. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- CAFFERATA NORES, José I.; TARDITTI, Aída. *Código Procesal Penal de Córdoba*. Tomo II
- CARRIÓ, Genaro; CARRIÓ, Alejandro. *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.
- CASAGRANDE, Agustín. The concept of *Estado de Derecho* in the history of Argentinean Constitutionalism, *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 47, p. 169-206, 2018.
- CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile* (parte prima) [1920]. Opere Giuridiche. v. VI. Roma: Roma Tre Press, 2019.
- CALDERÓN, María Teresa; THIBAUD, Clément. *La Majestad de los Pueblos en la Nueva Granada y Venezuela 1780-1832*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia – Taurus, 2010.
- CALI, Américo. *Corte Nacional de Casación*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1947.
- CLAVERO, Bartolomé. Antropología del sujeto de derechos en Cádiz. *Revista Española de la Función Consultiva*, [S. l.], v. 19, p. 99-128, 2013.

CLAVERO, Bartolomé. Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville (a propósito de *Une et indivisible* de Mannoni, *Sovrano tutore* de Mannori y un curso mío). *Quaderni Fiorentini*, [S. l.], n. 24, p. 419-465, 1995.

COLOMBO, Carlos J. *La Corte Nacional de Casación*. Tomo I. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1943.

COSTA, Pietro. El problema de la representación política: una perspectiva histórica. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, v. 8, p. 15-61, 2004.

DE LA RÚA, Fernando. *Consideraciones sobre el recurso de casación*. Universidad Nacional del Litoral: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1969. Disponible em: <https://hdl.handle.net/11185/4800>.

DE LA RÚA, Fernando. *La casación penal*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (ed.) *Justicia indígena, Plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Abya-Yala: Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.

DIDIER, María M. *El principio de igualdad en las normas jurídicas generales: estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia estadounidense*. 2008. Tese (Doutorado em Direito). Buenos Aires: Universidad Austral, 2008.

DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio. *En torno al municipio de la Edad Moderna*. Granada: Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2005.

ENTIN, Gabriel. República y Federalismo en América del Sur, entre la Monarquía hispánica y las revoluciones de Independencia. In: DE FRANCESCO, ANTONINO, et al. (coord.), *Entre Mediterráneo y Atlántico*. Circulaciones, conexiones y miradas, 1756-1867. Santiago de Chile: FCE, 2014, p. 362-392.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones. Madri: Trotta, 1996.

HITTERS, Juan Carlos. La casación nacional. Su estado actual. *Jurisprudencia Argentina*, [S. l.], p. 807-815, 1979-II.

HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. 2. de. La Plata: Platense, 1998.

GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855). In: GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. *Cádiz 1812*. La Constitución jurisdiccional, Madri: CEPC, 2007, p. 261-312.

GARAY, Alberto F. *La igualdad ante la ley*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989.

GARRIGA, Carlos. Cabeza moderna, cuerpo gótico: la Constitución y el orden jurídico. *Anuario de Historia del Derecho Español*, [S. l.], v. LXXXI, 2011.

GARRIGA, Carlos. El federalismo judicial mexicano, 1824-1835. In: ROJAS, Beatriz (ed.) *Procesos constitucionales mexicanos*. La Constitución de 1824 y la antigua constitución. México: Instituto Mora, 2017, p. 154-271.

- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; HERRERA, Marisa. Reformar para transformar: la creación de un tribunal federal de revisión de sentencias arbitrarias. *Rubinzal online*, [S. l.], Doctrina 66/2021, Disponible em: <https://rubinzalonline.com.ar/index.php/index/index/doctrinaOnline/2113534/>.
- HESPANHA, António Manuel. Depois do Leviathan. *Almanack brasiliense*, [S. l.], v. 5, p. 55-66, 2007.
- LEVAGGI, Abelardo. Espíritu del constitucionalismo argentino de la primera mitad del siglo XIX. *Revista de Historia del Derecho*, [S. l.], v. 9, p. 239-301, 1982.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Tomo II. Buenos Aires: Plus Ultra, 1981.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*. Parte General. Tomo 1. 16. ed. Buenos Aires: Perrot, 1996.
- LORENTE, Marta. Esencia y valor del constitucionalismo gaditano (Nueva España, 1808-1821). In: ANNINO, Antonio (coord.) *La revolución novohispana, 1808-1821*. México: FCE, 2010, p. 293-383.
- MORELLO, Augusto. La Casación Nacional. Estado de la cuestión [La creación de un Tribunal Intermedio]. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Sociales. *Anais [...]*, Segunda Época, v. XXXIII, n. 26, t. I, p. 165-187, 1988.
- NINO, Carlos S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 14. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- PASTOR, Daniel. La nueva imagen de la casación penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.
- POLLITZER, María. El Federalismo bajo revisión: preocupaciones, desafíos y propuestas desde la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (1890-1916). *Revista de Historia Americana y Argentina*, [S. l.], v. 56, n. 1, p. 271-302, DOI: <https://doi.org/10.48162/rev.44.008>, 2021.
- POLOTTO, Rosario. Geografía del Código. Codificación nacional y jurisdicción provincial: el artículo 67 inciso 11 de la Constitución Nacional. Argentina, mitad siglo XIX, principios del XX. *Prohistoria*, [S. l.], v. 40, p. 1-28, 2023.
- POLOTTO, Rosario. Unificación jurídica, régimen federal y jurisprudencia La casación en la Argentina (1853-1936). *Rev. hist. derecho* [S. l.], n. 65, p. 3, 2023.
- PORTILLO VALDÉS, José M. *Revolución de Nación*. Orígenes de la cultura constitucional en España 1780-1812. Madri: CEPC, 2000.
- ROJAS, Beatriz. Los privilegios como articulación del cuerpo político, Nueva España (1750-1821). In: ROJAS, Beatriz (coord.) *Cuerpo político y pluralidad de derechos*. Los privilegios de las corporaciones novohispanas. México: CIDE – Instituto Mora, 2007, p. 45-84, p.78-79.
- SAMPAY, Arturo Enrique. Noción de Estado de Derecho. *La Ley*, [S. l.], t. 14, p. 64-69, 1939.
- SARTORIO, JOSÉ. *La casación argentina*. Buenos Aires: Depalma, 1951.
- SORDI, Bernardo. *Diritto pubblico e diritto privato*. Una genealogia storica. Bolonha: Il Mulino, 2020.

TARELLO, Giovanni. *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*. Genova: ECIG, 1976.

TANZI, HÉCTOR J. Historia ideológica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1955-1966). *IUSHISTORIA*, Revista Electrónica, [S. l.], v. 3, p. 1-169, 2006.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema*: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano. Buenos Aires: INHIDE, 1992.

ZIMMERMANN, Eduardo. *Los liberales reformistas*: la cuestión social en la Argentina, 1890-1916. Buenos Aires: Sudamericana, 1995.

ZIMMERMANN, Eduardo. Soberanía nacional y soberanías provinciales ante la Corte Suprema de Justicia. Argentina, siglo XIX. *Estudios Sociales, Revista Universitaria*, [S. l.], v. XXV, n. 48, p. 11-37, 2015.