

CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL E COMPARADO



NEVES BELIZE ESLOVÁQUIA BELGICA ROMÊNIA
HUNGRIA DINAMARCA IRLANDA MACEDÓNIA
SUÉCIA COLOMBIA FINLÂNDIA PORTUGAL
BRASIL ESLOVÊNIA REINO UNIDO LUXEMBURGO
ESPANHA BARBADOS BELORÚSSIA ARGENTINA
MÓNACO RÚSSIA CHIPRE NORUEGA FRANÇA
MONTENEGRO REPÚBLICA CHECA COSOV
UCRÂNIA MOLDÁVIA VENEZUELA ISLÂNDIA
SANTA LÚCIA GUATEMALA LETÓNIA MÉXICO
ITÁLIA SÃO MARINHO BÓSNIA E HERZEGOVINA
BULGÁRIA PANAMA GUIANA CUBA JAMAICA
ESTÓNIA ALBÂNIA LISTENSTADINE MALTA SÃO
VICENTE E GRANADINAS PERU NICARÁGUA
POLÓNIA VATICANO ÁUSTRIA LITUÂNIA CROÁCIA
CHILE SAMOA URUGUAI AUSTRÁLIA TIMOR-
LESTE SURINAME TUVALU SAOTOMÃO NAURU
ILHAS MARECHAL PALAU TONGA MICRONÉSIA
PAPUA NOVA GUINÉ TRINDADE E
TOBAGO VANUATU FIJI QUIRIBÁTI NOVA
ZELÂNDIA BAHAMAS CANADÁ HAITI EQUADOR
DOMINICA REPÚBLICA DOMINICANA ANTIGA E
BARBUDA GRANADA COSTA RICA ESTADOS
UNIDOS SALVADOR BOLÍVIA HONDURAS

REVISTA DE DIREITO
CONSTITUCIONAL
INTERNACIONAL E
COMPARADO

EDITORES

Siddharta Legale

Professor de Direito Constitucional da UFJF-GV. Doutorando em Direito Internacional pela UERJ. Mestre em direito constitucional e Bacharel pela UFF

Rafael Zelesco

Doutor e Mestre em Direito Internacional e Bacharel pela UERJ

SUMÁRIO

ENTREVISTA PARA O CANAL DEBATES VIRTUAIS - A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE.....	9
BRASIL NA IDADE MODERNA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL - PEDRO SLOBODA.....	25
SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: ORIGENS, MECANISMOS E EFICÁCIA - SAMUEL HORN E OUTROS.....	37
BREVE PANORAMA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO - FERNANDA TELHA	58
DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985) - ROGÉRIO SGANZERLA.....	90
O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: AVANÇOS E DESAFIOS - HAMILTON GONÇALVES.....	118
A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA: DO LEGICENTRISMO À QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE - JOÃO PEDRO ACCIOLY	142
SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISIS: UN ESTUDIO COMPARADO DEL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LA ARGENTINA Y DEL BRASIL - ANA CLAUDIA M.M. PHILIPINI.....	155

EQUIPE DA RDCIC

EDITOR-GERENTE

Siddharta Legale, UFJF-GV

CONSELHO EDITORIAL

Adamo Dias Alves, UFJF; Alexandre Veronese, UNB; Alisson Silva Martins, UFJF; Alonso Freire, UFMA; Ana Lucia Lyra Tavares, PUC-RJ; Ana Paula Barbosa-Forhmann, UFRJ; Ana Paula de Barcellos, UERJ; Antonio Augusto Cançado Trindade, Professor da Academia de direito Internacional da Haia; Carmen Tiburcio, UERJ; Carolina Machado Cyrillo da Silva, UBA; Cecília Caballero Lois, UFRJ; Clarissa Brandão Kowarki, UFF; Clarissa Diniz Guedes, UFJF; Claudia Toledo, UFJF; Cláudio Pereira de Souza Neto, UFF; Conrado Hubner Mendes, USP; Damares Medina Coelho, Instituto Brasiliense de Direito Público; Daniel Amaral Carnauba, UFJF; Daniel Sarmiento, UERJ; Diego Werneck Arguelhes, FGV; Diogo Rosenthal Coutinho, USP; Eduardo Andrés Velandia Canosa, Professor da Universidad Libre Colombia; Eduardo Manuel Val, UFF; Eduardo Mendonça, UNICEUB; Enzo Bello, UFF; Eric Baracho Dore Fernandes, UVA; Fabiano Soares Gomes, UFRJ; Felipe Asensi, UERJ; Felipe de Melo Fonte, FGV; Fernando Antonio de Carvalho Dantas, UFG; Fernando Dias Menezes de Almeida, USP; Fernando Gama de Miranda Netto, UFF; Gina Chávez, Professora do IEAN do Equador; Gonzalo Ramirez Cleves, Professor da Universidade Externado de Colombia; Guilherme Peña de Moares, UFF; Gustavo Sampaio, UFF; Gustavo Silveira Siqueira, UERJ; Jane Reis Gonçalves Pereira, UERJ; Jania Maria Lopes Saldanha, UNISINOS; José Ribas Vieira, UFRJ; José Rodrigo Rodriguez, UNISINOS; José Vicente Santos de Mendonça, UERJ; Juliana Neuenschwander Magalhães, UFRJ; Luís Roberto Barroso, UERJ e STF; Manoela Carneiro Roland, UFJF; Manuel Becerra Ramírez, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Marco Antonio Ferreira Macedo, UFF; Margarida Maria Lacombe Camargo, UFRJ; Maria Eugenia Bunchaft, UNISINOS; Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, UERJ; Paulo Ferreira da

Cunha, Catedrático da Universidade do Porto; Raphael Carvalho de Vasconcellos, UERJ; Roberto Gargarella, Universidade de Buenos Aires, Argentina; Roberto Viciano Pastor, Universidade de Valencia, Espanha; Rodrigo Brandão, UERJ; Ruben Martinez Dalmau, Universidad de Valencia, Espanha; Rubens Beçak, USP; Susanna Pozzolo, Universidade de Brescia, Itália; Vanessa Batista Berner, UFRJ.

PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO

Adamo Dias, UFJF; Adriano Correa, UERJ; Alisson Martins, UFJF; Carina Castro, UERJ; Carolina Cyrillo, UFRJ; Carolina Noronha, UERJ; Clarissa Korwaski, UFF; Cláudio Cerqueira, UERJ; Daniel Cappechi, UFJF; Daniel Carnauba, UFJF; Daniel Duarte, UFJF; Eder Marques, UFJF; Eduardo Val, UFF; Enzo Bello, UFF; Eric Baracho, UFF; Guilherme Candeloro, UFF; Guilherme France, UERJ; Ilana Aló, FLACSO; Inês Tavares, UFRJ; Lilian Cazorla Nunes, UFF; Luiz Antonio Alves Gomes, UFF; Luiz Cláudio Matrinez, UERJ; Jean Ditzz, UNILASSALE; Marcos Paulo Araújo, UFRGS; Matheus Meott, UERJ; Matheus Oliveira Farinhas, UERJ; Pedro Sloboda, USP; Pedro Oliveira, UERJ; Rafael Souza, UFRJ; Raísa Ribeiro, UFF; Raphael Vasconcellos, UERJ; Rogério Sganzerla, UERJ; Thiago Bastos, UERJ.

EDITORES

Dr. Rafael Zelesco Barretto

EDITOR DE LAYOUT

Alexandre Van de Pol, UFJF

COMISSÃO EXECUTIVA

Ana Caroline Monteiro de Barros, UFJF; David Pereira de Araújo, UFJF-GV; Luiza Eugênia Bertoldo da Silva, UFJF-GV; Regis Palombo, UFJF-GV; Hozana da Costa Barreiros UFJF-GV; Matheus Pedrosa Machado, UFJF-GV.

*Todas as siglas correspondem a instituições brasileira

EDITORIAL

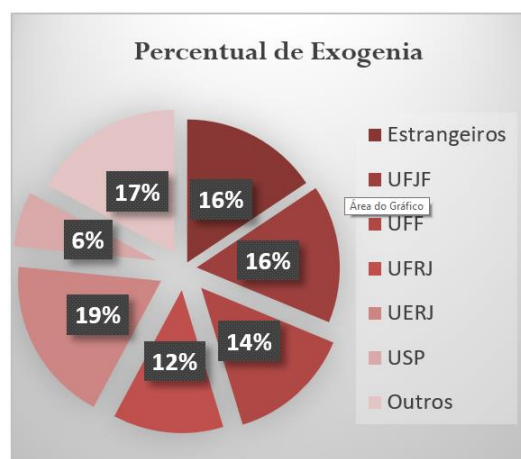
Greves, licença do editor para conclusão do doutorado na UERJ e suspensão das atividades por conta do crime ambiental que afetou o Rio Doce e comprometeu a cidade de Governador Valadares e as atividades da UFJF em 2016. Em meio às violações de direitos e à escassez de recursos no eixo RJ-GV/UERJ-UFJF, resistimos e enfrentamos as crises por meio de um persistente trabalho duro e em equipe. Esses três fatores, somados à natural dificuldade de romper a inércia e publicar a primeira edição de um periódico, impuseram a necessidade de postergar o prazer de publicar a primeira edição da Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado da Universidade Federal de Juiz de Fora do campus de Governador Valadares.

Agradecemos a todos que confiaram nessa empreitada e colaboraram de diferentes formas, como autores, pareceristas e/ou membros do Conselho Editorial. Todas as publicações respeitaram rigorosamente a *double blind peer review*. A única exceção transcrição da entrevista do Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade concedida ao professor Siddharta Legale para o [Canal no YouTube – Debates Virtuais](#)¹. Em parceria esse projeto de extensão, publicaremos sempre a transcrição de uma entrevista no início das edições.

Com intuito de dar transparência ao processo editorial, o que é particularmente relevante

por se tratar de uma primeira edição, gostaríamos de apresentar uma série de dados da primeira edição. Em linhas gerais, o que podemos dizer sobre eles? O futuro é promissor. Talvez possamos sonhar em torna-la Qualis A1 em algum lugar do futuro. Vejamos os dados.

O Conselho Editorial da Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado possui 65 professores de diferentes países e estados da federação. Um Conselho editorial mais robusto tem sido uma tendência nas de extrato mais elevado ou Qualis A1. Confira-se a distribuição:



Há 15% de professores estrangeiros ou que integram instituições estrangeiras da Holanda, Itália, Espanha, Portugal, México, Argentina, Colômbia, Equador. Espera-se com essa composição estimular estudos sobre o direito comparado em geral e sobre o direito na América Latina, assim como sobre o direito internacional e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.²

¹<https://www.youtube.com/channel/UChpZM6wq37FdUEMii tz2dOQ>

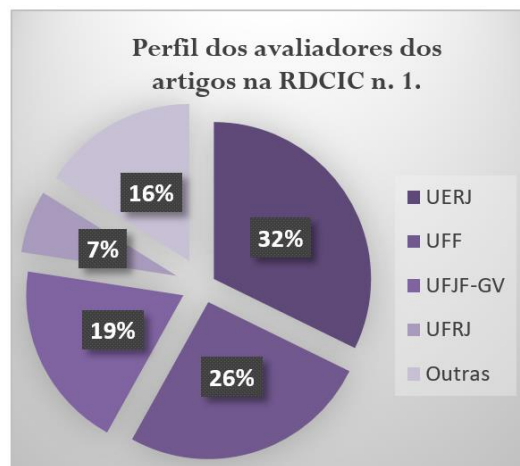
² Dr. Antonio Augusto Cançado Trindade, Professor na Universidade da Holanda e Magistrado na Corte Internacional de Justiça, Holanda; Dr. Manuel Becerra Ramírez, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Brasil; Dr. Roberto Gargarella, Universidade de Buenos Aires, Argentina; Dra Gina Chávez, Instituto de Altos Estudios

Nacionales, IAEN do Equador, Equador; Dr. Roberto Viciano Pastor, Universidade de Valencia, Espanha; Dr. Ruben Martinez Dalmau, Universidad de Valencia, Espanha; Dr Eduardo Andrés Velandia Canosa, Professor da Universidad Libre Colombia., Colômbia; Dr Gonzalo Ramirez Cleves, Professor da Universidade Externado de Colombia, Brasil; Dr. Paulo Ferreira da Cunha, Prof. Titular da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo e da Escola de Direito da Universidade

Os membros do Conselho Editorial nacionais são oriundos de diferentes Estados da federação, como Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Maranhão e Rio Grande do Sul, bem como de instituições públicas e privadas de todo o país, como a UFJF³, UFF⁴, UFRJ⁵, UERJ⁶, FGV-RJ⁷, PUC-RJ⁸, USP⁹, UNB¹⁰, IDP¹¹, UNICEUB¹², UFG¹³, UFMA¹⁴, Unissinos¹⁵. Dessa forma, a primeira edição editora preenche e supera desde de a sua origem que o conselho editorial seja composto por instituições de pelo menos 5 estados da federação.

A espera antes de publicar a primeira edição fez bem. Recebemos 32 artigos para a primeira edição, o que é uma quantidade razoável em um cenário de crise, multiplicação das revistas eletrônicas e, ainda, por se tratar de uma primeira edição. Informamos que 8 *papers* foram reprovados e 8 foram aprovados integralmente e se encontram publicados nesta edição. Os demais 17 artigos foram aprovados com ressalvas e/ou aguardam a avaliação dos pareceristas que já foram designados, mas não apresentaram a sua avaliação. Poderão, portanto, ser publicados nas próximas edições,

após a incorporação das recomendações dos avaliadores. Agradecemos, particularmente, a colaboração de todos os pareceristas envolvidos.



Quem é esse parecerista da primeira edição? Onde se formou? ou onde leciona? A maior parte dos avaliadores, levando em consideração a maior titulação ou, quando professor já concluiu a pós-graduação, a instituição em que leciona são oriundos de três instituições: 10 da UERJ¹⁶, 8 da UFF¹⁷, e 6 da UFJF-GV¹⁸, 2 da UFRJ¹⁹ e 5 outras instituições variadas do país

Anhemi-Morumbi (Laureate International Universities), Bolseiro da FUNADESP, São Paulo. Catedrático da Universidade do Porto., Brasil; Dra Susanna Pozzolo, Universidade de Brescia, Itália.

3 Clarissa Diniz Guedes, Claudia Toledo, Manoela Carneiro Roland, Daniel Amaral Carnauba, Adamo Dias Alves, Alisson Silva Martins, Eder Marques de Azevedo, Jamir Calili Ribeiro, Simone Cristine Araújo Lopes e Nathane Fernandes da Silva.

4 Eduardo Manuel Val, Enzo Bello, Gustavo Sampaio, Marco Antonio Ferreira Macedo, Fernando Gama de Miranda Netto, Cláudio Pereira de Souza Neto, Clarissa Brandão Kowarki, Guilherme Peña de Moraes, Eric Baracho Dore Fernandes.

5 Ana Paula Barbosa-Forhmann, José Ribas Vieira, Margarida Maria Lacombe Camargo, Juliana Neuenschwander Magalhães, Cecília Caballero Lois, Vanessa Batista Berner, Fabiano Soares Gomes, Carolina Machado Cyrillo da Silva.

6 Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Carmen Tiburcio, Daniel Sarmento, Felipe Asensi, Jane Reis Gonçalves Pereira, Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Raphael Carvalho de Vasconcellos, Rafael Zelesco Barretto, Gustavo

Silveira Siqueira, José Vicente Santos de Mendonça, Rodrigo Brandão.

7 Diego Werneck Arguelhes e Felipe de Melo Fonte

8 Ana Lucia Lyra Tavares

9 Conrado Hubner Mendes, Rubens Beçak, Diogo Rosenthal Coutinho e Fernando Dias Menezes de Almeida

10 Alexandre Veronese

11 Damares Medina Coelho

12 Eduardo Mendonça

13 Fernando Antonio de Carvalho Dantas

14 Alonso Freire

15 Maria Eugenia Bunchaft, José Rodrigo Rodriguez e Jania Maria Lopes Saldanha

16 Raphael Vasconcellos, Adriano Correa, Matheus Farinhas, Matheus Meott, Carina Castro, Carolina Noronha, Guilherme France, Pedro Oliveira, Cláudio Cerqueira

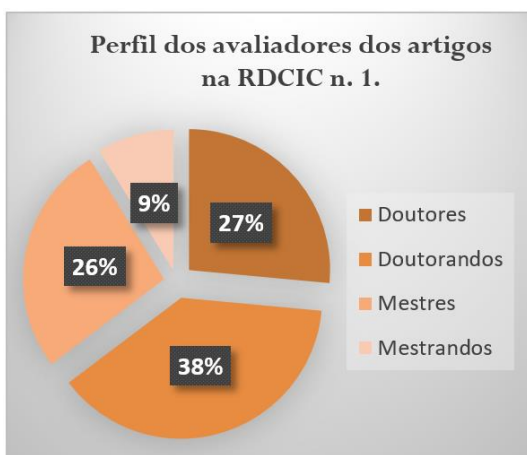
17 Clarissa Korwaski, Enzo Bello, Eduardo Val, Rogério Sganzerla, Guilherme Candeloro

18 Adamo dias Alves, Daniel Carnauba, Daniel Duarte, Eder Marques, Daniel Cappechi, Alisson Martins

19 Ines Tavares e Rafael Souza,

(FLACSO, UBA, USP, UFRGS e UNILASALE)²⁰. Os pareceristas, portanto, são oriundos do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Equador, Argentina e Rio Grande do Sul. Neste ponto, a RDCIC n.1 já conseguiu atender de pronto o critério dos 5 estados diferentes da Federação.

Quanto à titulação, avaliaram os artigos da primeira edição 9 professores doutores²¹, 13 doutorandos²², 9 mestres²³ e 3 mestrandos²⁴. Os doutores e doutorandos juntos avaliaram 65% da edição número 1 da Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado, o que, no médio e longo prazo permitirá se ajustar aos padrões da Qualis-Capes para atingir o extrato mais elevado na classificação dos periódicos. Ao mesmo tempo, buscou-se abrir o espaço para professores mestrandos e mestres, de modo a manter um perfil aberto, plural, jovem e moderno que orienta as linhas editoriais da RDCIC-UFJF. Confira-se:



20 Ilana Aló (Flacso), Jean Ditzz (Unilassale), Luiz Cláudio (IBMEC), Pedro Sloboda (USP) e Marcos Paulo (UFRGS) e Carolina Cyrillo (UBA)

21 Adamo Dias, Eder Marques (2), Luiz Cláudio (2), Jean Ditzz, Clarissa Korwaski, Enzo Bello, Eduardo Val, Raphael Vasconcellos (2), Daniel Carnauba (2)

22 Carolina Cyrillo (2), Pedro Sloboda (2), Thiago Bastos (3), Luiz Antonio, Daniel Cappechi, Alisson Martins, Rogério

Dentre os aprovados, que passaram pelo crivo dos pareceristas, encontram-se publicados artigos de direito internacional e de direito constitucional. No bloco do direito internacional, estão o artigo do professor Pedro Sloboda sobre cooperação jurídica internacional; o artigo dos monitores da UFF, Samuel Horn, Lais Damasceno e Maria Clara Cosati sobre o sistema interamericano; e o sobre a justiça de transição na América Latina da doutoranda Fernanda Telha.

Em relação ao direito constitucional comparado, há um artigo sobre a jurisdição constitucional na França e outro comparando a gestão das crises no Brasil e na Argentina. Por fim, no plano constitucional positivo, há dois interessantes trabalhos interdisciplinares sobre o direito penal e o direito constitucional sobre a violação de direitos fundamentais na ditadura do professor Rogério Sganzerla e outro sobre a constitucionalização do direito penal de Hamilton Ferraz.

Convidamos os leitores a se tornarem autores na próxima edição.

Boa leitura!

Siddharta Legale

Professor de Direito Constitucional da UFJF-GV. Doutorando em Direito Internacional pela UERJ. Mestre em direito constitucional e Bacharel pela UFF

Rafael Zelesco

Doutor e Mestre em Direito Internacional e Bacharel pela UERJ

Sganzerla (2), Adriano Correa (2), Matheus Oliveira Farinhas (2), Matheus Meott (2), Marcos Paulo Araújo, Lilian Cazorla Nunes (2), Carina Castro (3)

23 Inês Tavares (2), Raísa Ribeiro (2), Carolina Noronha, Ilana Aló (2), Guilherme France (2), Daniel Duarte (2), Eric Baracho, Rafael Souza (2), Caroline Noronha

24 Pedro Oliveira (2), Cláudio Cerqueira (2), Guilherme Candeloro

ENTREVISTA PARA O CANAL DEBATES VIRTUAIS¹ - A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

ANTÔNIO AUGUSTO CAÑADO TRINDADE²

SIDDHARTA LEGALE³



Assista a entrevista

Siddharta Legale (SL): Bom, estamos hoje, aqui, para mais um “Debates Virtuais”, com o Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade, para falar um pouco sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Queria dizer que é um prazer e uma honra muito grande poder ter essa oportunidade de conversar com o senhor, que eu sou muito fã, enfim, muito mesmo, dos votos, dos livros, dos artigos... eu venho estudando

sistematicamente, então, para mim é uma oportunidade única, rara, enfim... um prazer indescritível. O Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade é conhecido de todos: Professor Titular da UNB, do Instituto Rio Branco, ganhou prêmio em Cambridge com a tese clássica sobre o esgotamento dos recursos internos e foi Presidente da Corte Interamericana. Eu gosto de dizer que foi “Corte” Antônio Augusto Cançado Trindade” que forjou a identidade da Corte IDH, especialmente a partir dos anos 90. Então, mais do que um magistrado ou um Presidente, acho que foi quem deu o tom do que a Corte Interamericana deve ser. E agora é magistrado da Corte Internacional de Justiça. Eu queria ouvir em primeiro lugar um pouco, como que o Antônio Augusto, aluno da UFMG, se torna professor da UnB, professor do Instituto Rio Branco, depois magistrado na Corte Interamericana.

Antônio Augusto Cançado Trindade (AACT): Muito boa tarde. Para mim também é uma satisfação enorme ter esse diálogo contigo, de passagem rápida aqui pelo Brasil. E

¹ A entrevista com o prof. Antônio Augusto Cançado Trindade sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi realizada após o curso da Organização dos Estados Americanos (OEA) em Copacabana no Rio de Janeiro no dia 11 de outubro de 2016. A Transcrição da mesma foi realizada por Matheus Pedrosa, Acadêmico e Monitor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF-GV). A revisão e as notas de rodapé são de Siddharta Legale, professor de Direito Constitucional da UFJF-GV e Doutorando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

² Professor da Academia de Direito Internacional de Haia, Juiz da Corte Internacional de Justiça e Ex-Presidente da Corte IDH.

³ Professor de Direito Constitucional da UFJF-GC. Doutorando em Direito Internacional pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Bacharel pela UFF.

numa ocasião única porque nos encontramos aqui, no Rio, para ministrar um dos cursos deste ano, do Curso de Direito Internacional da OEA, e precisamente apresentar a nova edição do meu livro de “Memórias da Corte Interamericana”⁴. Então não haveria uma ocasião mais apropriada para falar sobre a Corte Interamericana do que esta, sendo que é uma passagem muito breve, dado que eu devo retornar ainda essa semana. Sobre esta primeira questão, que eu tive a ocasião em 2013, de fazer uma entrevista que durou um ano com uma professora de Filosofia do Direito da Espanha, e eu disse para ela que me mandasse por escrito todas as perguntas e eu as responderia todas por escrito. Só que quando eu pudesse! (risos). E então a entrevista durou um ano, e foi publicada na forma de livro, pela Tirant lo Blanch, em Valência, e é justamente sobre a sua primeira pergunta. E o livro se chama “*Reflexiones sobre la justicia internacional: conversación con la juez Antônio Augusto Cançado Trindade*”⁵. E basicamente o que eu digo é o seguinte: como naquelas palavras tão conhecidas de Antônio Machado: “caminante no hay camino, se hace camino al andar”. E eu recorro desde minha época, na UFMG, que eu ficava praticamente todo o tempo na biblioteca lendo os *Recueils des Cours*, da Academia de Direito Internacional de Haia. E muitas vezes perdia algumas aulas de outras matérias porque eu já havia me identificado com essa disciplina. E logo depois eu comecei a fazer o mestrado, mas decidi continuá-lo fora do país e aí fiquei muito tempo. Foi uma época de muita densidade em que eu estabeleci contatos também na Corte Europeia de Direitos Humanos numa época de construção jurisprudencial. E isso foi sumamente útil para que, quando eu viesse a me tornar juiz na Corte Interamericana – coisa que eu nunca antecipei que poderia ocorrer –, então, eu pudesse me esforçar por construir a jurisprudência da Corte Interamericana, assim como eu vi sendo construída a jurisprudência da Corte Europeia. Quando eu estava na Universidade de Brasília, me tornei professor titular em 1985, e professor emérito em 2009, eu fui chamado pelo Instituto Rio Branco e, anos depois, para ser seu consultor jurídico. E eu tive a honra de poder fundamentar através de meus pareceres como consultor jurídico, toda posição do Brasil para tornar-se parte na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e nos dois pactos de direitos humanos das Nações Unidas – Pacto de Direitos Humanos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais. E eu nunca poderia imaginar que, uma vez que o Brasil se tornou parte, que em razão, talvez, do papel que eu exerci para que o Brasil se tornasse parte nos tratados gerais de direitos humanos, que eu viesse a ser proposto, depois, para

⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. El ejercicio de la función judicial internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

⁵ BEA, Emília. Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade – Reflexiones sobre la Justicia Internacional. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

a Corte Interamericana. Então, veja só, isto é que é o que eu dizia: “caminante no hay camino, se hace camino al andar”. E é o que eu venho fazendo até hoje.

SL: E essa primeira fase dos seus estudos tem uma análise sistemática tanto do não esgotamento dos recursos internos, desnaturalizando ou tirando aquele mito de que isso é algo inerente ao Direito Internacional. O senhor também sistematiza o conceito de acesso à justiça, com o direito de petição, integridade da jurisdição internacional. Eu acho muito interessante como o senhor trata isso como “cláusulas pétreas” do direito internacional. O que é isso exatamente?

AACT: Eu posso explicar em resumo o que é isso. Eu havia estudado, durante seis anos de elaboração da tese, no contexto da proteção diplomática, e a ênfase era no esgotamento de recursos internos. Mas com essa experiência que eu fui adquirindo, sobretudo na Corte Europeia, que eu conheci os juízes pioneiros na Corte Europeia, eu vi que no contexto da proteção internacional dos direitos humanos não poderia ser o mesmo *rationale*, porque a ênfase seria na reparação, na efetividade dos recursos, e não no simples processo de esgotamento dos mesmos. E aí eu publiquei meu primeiro livro na Cambridge University Press⁶, mais precisamente sobre isso. E depois a edição brasileira veio, anos depois, na década de noventa. Mas a primeira, a edição original foi de 1983, em que eu disse que não existe, de qualquer maneira, qualquer tipo de identidade na aplicação dessa regra dos recursos internos na proteção diplomática e na proteção dos direitos humanos. A ênfase na proteção dos direitos humanos é na realização da Justiça, ou seja, que os recursos sejam eficazes. Se não houver eficácia nos recursos, estaria já justificado o recurso a um Tribunal Internacional.

SL: E no seu livro de memórias, eu acho muito interessante que você coloca depois isso em prática tanto como juiz numa dimensão institucional, jurisprudencial...

AACT: Coloquei... nos primeiros casos. Nos primeiros casos que eu tive na Corte Interamericana, por exemplo, Gangaram Panday e outros vs. Suriname⁷...

SL: El Amparo vs. Venezuela...

AACT: E El Amparo vs. Venezuela⁸, esses casos primeiros. Eu tive a ocasião de colocar em prática aquilo que eu havia estudado uma década antes, ou mais de uma década antes. E justamente dizendo que o que importa é a eficácia dos recursos, e isso

⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

⁷ Gangaram Panday e outros vs Suriname (1998)

⁸ El Amparo vs Venezuela (1995)

se tornou jurisprudência constante na Corte Interamericana. Nunca foi questionada essa posição, nunca foi questionada. E essa tem implicações. Ou seja, se as vítimas encontraram a justiça no Tribunal Internacional, é claro que a sua sentença deve ser implementada no plano nacional.

SL: O senhor fala até do direito de ser ouvido, como uma forma de reparação, diretamente, não só por meio da Comissão.

AACT: Sim.

SL: Isso foi uma revolução, né?

AACT: Sim, isso foi a grande bandeira que eu tive durante o meu período lá. E quando eu cheguei lá eles só poderiam falar através da Comissão. Eu fiquei perplexo com isso, porque isso era, ainda, um resquício da intermediação pela Comissão entre os indivíduos reclamantes e a Corte. Isso ocorreu também no sistema europeu. No sistema europeu, eles tiveram que esperar meia década para se livrar disso. Meia década. Não, perdão, meio século, meio século, desde 1950 até 1998, mais precisamente, 48 anos. Meio século se espera, para que eles pudessem prescindir da Comissão e aí, então, tiveram o acesso direto. Eu avancei em termos diferentes a minha proposta, no sentido de que não deveriam extinguir a Comissão Interamericana, ela deveria ser mantida, porque nem todos os Estados do sistema Interamericano eram partes da Convenção ou são, mesmo hoje partes da Convenção Americana. Então a Comissão teria que continuar existindo. Mas deveria haver um momento, uma vez que a Comissão terminasse de examinar um caso e decidisse um caso, que o indivíduo deveria ser consultado se ele considerava que ele teve a justiça na decisão da Comissão, ou se ele poderia continuar e ter o caso examinado pela Corte, mas deveria ser a decisão do justiciável. Então eu avancei um Protocolo de Reformas à Convenção Americana no ano 2001, durante a minha Presidência, que praticamente revolucionaria o sistema interamericano. Ele foi discutido todos os anos na Assembleia Geral da OEA até 2008 e, depois, procedeu-se a uma reflexão intemporal. Não se fez nada, mas logramos pelo menos uma coisa importante. A coisa importante que logramos foi a modificação do Regulamento da Corte, no sentido de dar *locus standi*, não houve *jus standi*, como eu queria, mas o *locus standi* em todas as etapas do procedimento perante a Corte. Primeiro, o terceiro regulamento, na etapa de preparações, e a partir do quarto regulamento, do ano 2000, que entrou em vigor em 2001, em todas as etapas. Uma vez que o caso começasse diante a Corte os indivíduos poderiam participar ativamente em todas as etapas.

SL: Eu lamento, assim, não ter passado. Eu concordo plenamente deveria ter ido adiante, é uma ideia realmente brilhante, deveria ser implementada. Saindo um pouco dessa dimensão do acesso, e entrando já na competência da Corte, eu acho que a Corte acaba sendo criticada por esse *déficit* de acesso, mas falta um elogio, que é justamente a

parte da jurisdição consultiva. Na época em que foi criada, foi uma das competências, uma Corte com maior competência, como o senhor fala, enfim, em inúmeros artigos e livros...

AACT: Sim, no livro de memórias também.

SL: No livro de memórias também. A primeira Corte Interamericana, por assim dizer, era basicamente consultiva.

AACT: Porque a Comissão, muito zelosa, não queria enviar todos os casos que poderiam ter sido enviados à Corte, e ela cuidava de reter o máximo que ela podia, por exemplo, medidas cautelares ao invés de medidas provisórias da Corte. E com isso a Corte ficou sem receber casos, então, com isso, ela conseguiu persuadir a muitos a quem fizessem o uso de pareceres consultivos.

SL: Eu estudando, assim, mais a fundo as opiniões consultivas com o Grupo do prof. Cláudio Emílio lá da UERJ, um grupo de pesquisa, o Brenda Araújo, Pedro Farias, o Cláudio Cerqueira, nós notamos uma mudança de perfil, antes e depois da sua judicatura. Vê se essa intuição nossa se confirma: em um primeiro momento se está montando basicamente a engrenagem da Corte, que é não esgotamento, etc., e depois da Opinião Consultiva 14⁹...

AACT: Sim, a partir daí, da 16, 17 e 18 em especial.

SL: A Corte se torna mais interveniente, também, na opinião consultiva. Reconhece que tem interpretação, sinaliza quando vai responsabilizar o Estado... é isso mesmo? Fala um pouco especialmente opinião n. 16...

AACT: A 16 e a 18. A 17¹⁰ também, sobre a capacidade jurídica e a personalidade jurídica. Mas deixa eu resumir a significação história disso. Concordo plenamente com a sua leitura, isso mesmo que aconteceu. Nos procedimentos consultivos da 16 e da 18, nós fomos chamados pelo México a reinterpretar o art. 36 da Convenção de Viena sobre relações consulares de 1963. E foi uma coisa impressionante, porque essa Convenção de 63, ela tinha sido negociada pensando nas relações entre os Estados essencialmente. Mas o artigo 36.1, sobre assistência consular, era uma exceção a isso. Então nós interpretamos o direito de assistência consular desde uma visão completamente dinâmica. Ou seja,

⁹ OC-14/94

¹⁰ OC-16/99, OC-17/02 e OC-18/03.

tomamos uma Convenção que foi negociada nos anos 60 e interpretamos uma de suas disposições à luz da evolução do Direito Internacional. Foi uma verdadeira revolução. Olha só o que aconteceu. Depois da 16, nunca tinha havido tantos países participando, e Estados inclusive não-partes na Convenção participaram. Estados Unidos estiveram presentes! Impressionante. E depois que nós determinamos, então, o direito de assistência consular, como um direito humano, um direito dos indivíduos em questão, e não como um direito interpretado somente à luz das relações interestatais, o que aconteceu. Para mim, enorme satisfação, fiquei tão feliz nessa época, os Estados da região começaram a modificar seus guias consulares, para se ajustar à primeira opinião sobre imigrantes indocumentados. Então veio a 18. A 18 sobre imigrantes indocumentados, precisamente. Nessa 18, nós demos um salto, uma coisa impressionante, porque nós afirmamos que, se não há respeito ao princípio básico da igualdade, da não discriminação, não há acesso à justiça. Que a condição de uma pessoa de acesso à justiça não pode ser limitada pelo seu Estatuto Migratório. Ou seja, era um direito inerente à pessoa. Foi uma verdadeira revolução jurídica. Logo depois da 18, o Instituto Internacional de direitos Humanos, Instituto René Cassin, lá em Estrasburgo, me pediu para fazer a abertura de seu Congresso anual, no mês de julho, eu fui e fiz, e os europeus estavam completamente desorientados, e eu falei: “Gente, mas o que vocês estão fazendo? Vocês estão fazendo uma revolução jurídica?” Nós sempre afirmamos que o Artigo 6º, do direito de acesso à justiça, tem limitações, e eu disse a eles nessa conferência inaugural, de abertura, aula magna, eu falei: vocês se equivocaram, porque vocês interpretaram desde o início o Artigo 6º a partir das restrições. A partir das restrições. E o direito de acesso à justiça é muito mais amplo do que vocês pensam, não é só uma questão de ter acesso formal à justiça, mas também é uma questão de ter as garantias do devido processo respeitadas, e de cumprimento da sentença. É o direito de acesso à justiça *lato sensu*. Então isso foi considerado uma nova revolução. Então, aí o Instituto de Direito Europeu, em Florença, me pediu para dar um curso geral sobre isso. Eu dei em 2007 só, só em 2007 que eu tive tempo. Fui lá e dei e saiu publicado pela Oxford University Press, “O acesso de indivíduos à justiça internacional”. E lá, então, eu expliquei, nós inclusive trabalhávamos muito mais a noção de *jus cogens*, coisa que depois já não foi mais objeto de muita atenção por parte da própria Corte, mas que nessa época nós praticamente elaboramos, uma ampliação gradual da noção de *jus cogens*, que antes era só em relação à proibição da tortura, depois passou a ser também em relação à proibição de tratamentos ou tratamentos cruéis ou degradantes. Depois, também, em matéria de respeito ao princípio da igualdade e não discriminação, e finalmente nos casos contenciosos de Goiburú¹¹, nós afirmamos que também se aplica em relação ao acesso à

¹¹ Goiburú e outros vs Paraguai (2006).

justiça, ou seja, o direito de acesso à justiça lato sensu, nesse sentido amplo, também pertence ao domínio do *jus cogens*. Então nós construímos essa ampliação conceitual do *jus cogens*, foi algo também muito revolucionário. Entre essas duas opiniões consultivas, houve a 17¹². A 17 sobre os direitos das crianças. E nós aproveitamos essa ocasião – em todas essas eu presidi a Corte Interamericana – aproveitamos essa ocasião que, mesmo que uma pessoa sofra restrições no exercício da capacidade jurídica, a personalidade jurídica não é afetada por isso. A personalidade jurídica é preservada integralmente. E aí eu lembrei a Corte na época do caso dos meninos do Vietnã, por exemplo, que eles não podiam ter seus direitos defendidos, então seus guardiães ou tutores o faziam, mesmo que eles não tivessem capacidade jurídica, eles tinham sua personalidade jurídica internacional respeitada. E nós fizemos o mesmo em relação às crianças, mesmo que pelo seu próprio estatuto elas não possam desfrutar do exercício da capacidade jurídica, os seus direitos são totalmente preservados através da integridade da personalidade jurídica internacional dos indivíduos, inclusive crianças, inclusive idoso também, que têm sua personalidade jurídica mantida, preservada e respeitada integralmente. É algo também muito avançado para a época, não é? E essas opiniões consultivas realmente... eu considero as opiniões consultivas históricas da Corte Interamericana.

SL: A gente discutiu um livro do senhor no doutorado na UERJ, *The access of individuals to international Justice*¹³, com o prof. Paulo Emílio, e ali você mostra exatamente essa mudança do perfil da criminologia para a vitimologia, para o foco no indivíduo, especificamente em grupos vulneráveis, e eu acho que essa foi a virada história e emblemática da opinião consultiva 16...

AACT: Sim, sim... que eu falei que o sistema de proteção internacional de direitos humanos está orientado às vítimas. Não é uma questão de igualdade factual: uma das partes é mais vulnerável que a outra. A igualdade jurídica, claro, a igualdade das armas, igualdade das partes no procedimento. Mas, todo o sistema de proteção internacional está orientado à proteção do mais fraco, do factualmente mais fraco, que são as pessoas em situação de alta vulnerabilidade. E nós tivemos...

SL: isso... e também a proteção ao trabalhador imigrante sem documento na opinião consultiva 18...

¹² OC-17/02

¹³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The access of individuals to international Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

AACT: Isso, isso... aí depois desses casos, houve o ciclo dos casos de massacres, pessoas na mais completa vulnerabilidade ou mesmo indefesas, completamente. E aí nós podemos adiantar ainda mais essa construção.

SL: Pueblo Bello vs. Colômbia¹⁴...

AACT: Pueblo Bello, Mapiripan¹⁵, Ituango¹⁶, Massacre de Plan de Sánchez¹⁷... Barrios Altos¹⁸ foi o primeiro deles... Caracazo¹⁹... ih! Têm tantos casos, impressionante.

SL: E assim, saindo já dessa opinião consultiva e indo para a opinião contenciosa, nós também no grupo de estudos identificamos uma mudança de perfil, digamos assim, da “Corte” de Pedro Nikken, essa Corte da década de 80, que era mais consultiva, para a “Corte Cançado Trindade”, essa Corte da década de 90. O senhor, no livro de memórias, fala de um ciclo de casos peruanos.

AUCT: Sim.

SL: Eu, comparando os casos dessa época com, por exemplo, Velásquez Rodriguez, ele chama o Estado para negociar para negociar com a Comissão e com as partes o valor da indenização!

AACT: Sim... não tem sentido.

SL: É muito diferente.

AACT: Completamente diferente.

SL: Mais interveniente. Eu estou certo ou não?

AACT: Sem dúvida! Ela preservou a integridade da sua jurisdição.

SL: E como e por que, essa maior interveniência se deu?

AACT: Porque nós tivemos consciência de que o sistema está orientado às vítimas, e que não pode haver demasiado espaço para a vontade, a posição voluntarista, a vontade dos Estados. Então nós defendemos a integridade da jurisdição nesses casos, o ciclo de casos peruanos. Eu me lembro que eu tinha acabado de iniciar a presidência, e tive um episódio incrível, que logo no início, em 99, dois casos, estava assumindo a

¹⁴ Pueblo Bello vs Colômbia (2006)

¹⁵ Mapiripán vs Colombia (2005)

¹⁶ Ituango vs Colombia (2006)

¹⁷ Plan de Sanchez vs Guatemala (2004)

¹⁸ Barrios Altos vs Peru (2001)

¹⁹ Caracazo vs Venezuela (1999)

presidência, e aí nos casos *Ivcher Bronstein*²⁰, do canal de televisão, e no caso do Tribunal Constitucional²¹, da demissão de dois juizes do Tribunal Constitucional Peruano. Uma vez que nós começamos a tramitar o caso, aí o embaixador do Estado demandado me pediu uma audiência, e aí eu dei uma audiência privada a ele, e ele me disse que queria me dar só um aviso de que o Peru estava saindo, retirando-se da jurisdição da Corte. Aí eu...

SL: Mas a decisão não tem efeito imediato, né?

AACT: É... mas aí eu disse que “eu terei que levar isso ao conhecimento da Corte”. E levei ao conhecimento da Corte, e expus minha posição de que isso é inadmissível, não pode ser interpretado como um ato unilateral, porque é diferente de um ato inter-lateral ou unilateral nas relações diplomáticas, é um ato unilateral dentro de uma Convenção de Direitos Humanos e, portanto, ele está condicionado pela convenção e não há nenhuma disposição na Convenção que permita a retirada de um ato “unilateral”. Então eu falei que eu queria levar isso ao conhecimento do depositário da Convenção Americana, que é o Secretário Geral da OEA imediatamente. Mas como eu sou prudente, cuidadoso, eu pedi o aval de todos os seis colegas, e eles me deram. Peguei o primeiro avião, liguei para o Secretário Geral da OEA, e falei: “estou indo”, ele falou: “ah, tudo bem, vou te esperar que eu estava indo para o Canadá. Mas é algo importante?”, eu falei: “fundamental para o sistema”. Então ele me esperou. Tive duas reuniões com ele. Era o Secretário-Geral César Gaviria da OEA, e eu falei com ele que era inadmissível, e que eu estava levando ao conhecimento dele como depositário do tratado. E pedi a ele para levar a conhecimento de todos os Estados membros da OEA. Então nós reagimos e disse que iríamos decidir esses dois casos muito brevemente. E decidimos esses dois casos, a Sentença sobre Competência, de 1999 ambas. E preservamos a integridade da jurisdição da Corte. Eu hoje tenho a convicção, nós estamos em 2016, eu tenho convicção que se eu não tivesse agido dessa maneira, com o aval de todos os meus colegas, aos quais eu sou muito grato, a Corte teria perdido a sua credibilidade.

SL: Sem dúvida. Esses casos de ciclos peruanos eu acho que forjam a identidade da Corte e, talvez, não sei se caberia falar, um ciclo de casos chilenos, que também...

AACT: Também, também.

SL: Esses acabaram forjando o controle de convencionalidade, que gora está na moda, mas já estava tudo lá, enfim...

²⁰ *Ivcher Bronstein vs Peru* (2001)

²¹ *Tribunal Constitucional vs Peru* (1999)

AACT: Está tudo lá, está tudo lá. Simplesmente se utilizou uma nova expressão, mas vem tudo dessa época.

SL: O senhor costuma usar muito um termo, que é “Corpus iuris interamericano” nos votos, que é o material controlante ou parâmetro...

AACT: Sim, vem da ideia do “corpus juris gentium”, que é uma ordem jurídica que tem autonomia. Não está sujeita inteiramente à vontade estatal. Por exemplo, em outros tribunais, por exemplo, na Corte Internacional de Justiça, se dá grande importância ao voluntarismo estatal, e eu sempre tenho assumido uma posição dissidente, mas nós estamos nos concentrando na Corte Interamericana...

SL: Ainda na competência contenciosa, as sentenças são muito comentadas. Mas eu tenho a impressão de que as medidas provisionais têm uma importância tão grande, e o senhor fala da natureza tutelar, é uma espécie de sentença também. Mas é um pouco subteorizada, eu tenho essa impressão, assim, pelo menos academicamente. E tem casos importantíssimos, enfim, Urso Branco²² que são 10 anos de acompanhamento, de urgência, de risco... exclusivamente composto por medidas provisionais. E outros casos também, caso de urgência, Tribunal Constitucional vs. Peru, também foi deferida essa medida provisória. Uma dúvida que eu fiquei lendo as suas obras, é que o senhor fala da possibilidade de a Corte agir de ofício em algumas situações.

AACT: Sim...

SL: Isso poderia fornecer uma espécie de “válvula de escape” para um acesso direto do indivíduo à Corte por meio dessa medida provisional?

AACT: Poderia facilitar e, na minha época, houve acesso direto. Vou lhe dar dois casos. O caso Loayza Tamayo vs. Peru²³, e outro caso, o caso do Tribunal Constitucional²⁴. Nesses dois casos, a Loayza Tamayo, uma vez que nós decidimos em favor dela, a sentença, como primeira prisioneira política né, que ordenamos e libertação dela. Ela me visitou, eu a recebi, e mais adiante ela pediu medidas provisórias de proteção e eu, como a Corte não estava em sessão, porque era uma Corte em tempo parcial – continua sendo, em tempo parcial – então, eu me reservei à faculdade de outorgar medidas urgentes. Medidas urgente são aquelas que são ditadas na ausência de uma época de sessão da Corte, pelo presidente da Corte, mas sujeitas a ser depois confirmadas pelo Plenário da Corte. Então o que eu fiz, eu telefonei a cada um dos seis colegas, falei “eu vou adotar

²² Urso Branco vs Brasil (2002-2011)

²³ Loayza Tamayo vs Peru (1997)

²⁴ Tribunal Constitucional vs Peru (1999)

medidas urgentes, queria consulta-los, porque depois nós vamos ter que adotar medidas provisórias de proteção”. E os seis estiveram de acordo. Então eu outorguei essas medidas. E o outro caso foi o da juíza que havia sido demitida do Tribunal Constitucional e depois foi reintegrada por ordem nossa, Delia Revoredo, essa juíza veio me visitar pessoalmente e pediu a mesma coisa. E eu outorguei medidas urgentes, que depois foram confirmadas, ratificadas pelo plenário da Corte nesses dois casos. Então isso são casos de acesso direto em matéria de medidas provisórias.

SL: Mas, formalmente, a Comissão, e nem o Estado, ninguém impediu? Foi efetivamente direto?

AACT: Não, foi direto.

SL: Isso que eu fiquei na dúvida...

AACT: Foi direto. E no meu livro de memórias tem um capítulo sobre isso...

SL: encontrou uma brecha para acesso à justiça...

AACT: Acesso à justiça. E eu defendo também que medidas provisórias de proteção não têm sido suficientemente estudadas até o presente, elas conformam um regime jurídico autônomo. Elas têm autonomia. Porque, muitas vezes o direito que elas protegem não é necessariamente o mesmo direito que é objeto dos procedimentos quanto ao mérito. Então, por exemplo, sobretudo no caso Eloisa Barrios contra Venezuela²⁵, eu avanço essa ideia da autonomia do regime jurídico das medidas provisórias de proteção. Isso é muito importante. E venho fazendo o mesmo agora na Corte Internacional de Justiça. Nos meus votos recentes, eu elaborei muito sobre isso, e estamos procedendo a uma revolução jurídica nesse sentido. Primeiro, que um Estado pode ser responsável se ele é encontrado pela violação quanto ao mérito, então há uma responsabilidade quanto ao direito, quanto ao mérito. Mas em relação à violação às medidas provisórias também há responsabilidade, há uma responsabilidade ao meu modo de ver, adicional. Adicional.

SL: responsabilidade agravada, como o senhor usa...

AACT: Sim, Sim. São duas violações: uma de medidas provisórias, e outra, se a Corte realmente concluir que houve violação, quanto ao mérito.

²⁵ Eloisa Barrios vs Venezuela (2011)

SL: Eu achei, assim, essa sacada absolutamente genial. Porque, dentro dessa possibilidade de conhecer de ofício, você acha uma brecha para o acesso direto. E eu, refletindo sobre o tema para a tese, eu estava qualificando isso um pouco como “mutação convencional”, porque é um processo informal de mudança da Convenção, por todo o contexto interamericano.

AACT: Claro, claro.

SL: E eu estou de pleno acordo, assim, acho que é por aí.

AACT: Mas é o que é certo. As Convenções de Direitos Humanos são instrumentos vivos.

SL: o caso Villagrán Morales²⁶...

AACT: Villagrán Morales e outros casos também, que nós sempre dissemos isso. Por exemplo, o caso Aloeboetoe²⁷, contra o Suriname, de 91. O caso Aloeboetoe nós outorgamos diversas formas de reparação a todas as vítimas, as viúvas, dos que foram assassinados na comunidade em questão. Depois nos casos relativos a comunidades indígenas a mesma coisa. Nunca havia se pensado que o Artigo 21, sobre propriedade privada pudesse se aplicar a comunidades indígenas.

SL: Caso Mayagna Awas Tingni²⁸ também...

AACT: Exatamente.

SL: É genial a inclusive a aplicação do *pro persona*...

AACT: Então, são instrumentos vivos. Eles têm que ser interpretados à luz das necessidades de proteção, que mudam com o tempo.

SL: Ainda na medida provisional, ainda na jurisdição contenciosa, o senhor propõe também um avanço no sistema de supervisão de cumprimento de sentença.

AACT: Sim.

SL: Esse também é um tema que eu acho pouco estudado, em geral, inclusive nas cortes constitucionais, na fase pós-deliberativa, tem pouquíssimos estudos. E o senhor propõe a criação de um mecanismo permanente para a supervisão.

²⁶ Villagrán Morales e outros (Meninos de rua) vs Guatemala (1999)

²⁷ Aloeboetoe et al. v. Suriname (1991)

²⁸ Mayagna Awas Tingni v. Nicaragua (2001)

AACT: Para a Corte Interamericana.

SL: Como esse mecanismo poderia funcionar?

AACT: O que eu propus em 99, 2000, 2001, 2002 e 2003, durante o período da minha Presidência, que foi até 2004, sucessivamente, todos os anos eu propus isso na Assembleia Geral e no Conselho Permanente da OEA. O que eu propus foi o seguinte: que, como não havia um mecanismo semelhante ao comitê de ministros com o qual a Corte Europeia conta, que a Corte Interamericana pudesse contar com um comitê subsidiário ao Conselho Permanente da OEA, ou até mesmo à Coordenação de Assuntos Políticos da OEA. E ele se reuniria durante o ano, sempre se reuniria, para poder examinar se os Estado estão ou não cumprindo com as sentenças da Corte.

SL: Todos os Estados participariam?

AACT: Não, só os Estados partes na Convenção. E falaram, falaram que estavam estudando, que estava estudando, que estavam estudando, e não fizeram nada. Se tivesse um mínimo de vontade de fortalecer o sistema, teriam criado essa comissão *ad hoc* que eu propus, que está no meu tomo de memórias também. Mas não criaram nada, e até hoje esta questão está sem solução. Está gravada, está gravada porque em 2004, já quando eu tinha acabado minha Presidência, se tomou uma decisão de registrar no informe anual da Corte para Assembleia Geral e Conselho Permanente também os casos de cumprimento parcial de sentença. E sempre eu, durante o meu período tinha sustentado que cumprimento de sentença ou é completo ou não é. Que se há partes da sentença que não foram cumpridas não há execução da sentença. Por exemplo, reparações pecuniárias sempre cumprem. Mas investigações dos fatos, sanção dos responsáveis, os casos mais graves nunca cumprem. Veja só.

SL: Obrigação de fazer uma legislação...

AACT: Isso, isso. Então essa decisão ao meu modo de ver foi um retrocesso, de incluir cumprimento... porque aí a lógica ou falta de lógica que prevaleceu foi a de encorajar os Estados a cumprir. Isso não é função de um Tribunal Internacional, seria de um *amiable compositeur*, não de um Tribunal Internacional.

SL: E ainda nessa parte da eficácia, qual o grau de aderência que uma Corte Constitucional deve ter a essa jurisprudência da Corte Interamericana? Porquê pergunto isso: vi um voto concorrente do senhor no caso Damião Ximenes Lopes²⁹, criticando

²⁹ Ximenes Lopes vs Brasil (2006)

duramente o parágrafo terceiro, a tese da supralegalidade do Supremo... afinal, nós já tínhamos o bloco de constitucionalidade, que o senhor foi um dos mentores intelectuais na Constituição de 88, acho que o principal...

AACT: Sim, eu propus... o artigo 5º, §2º eu propus, como consultor jurídico do Itamaraty em 1988 eu fui lá e propus, e virou o art. 5º, §2º da Constituição de 88. Foi uma proposta minha, que eu fundamentei, e está tudo, tudo registrado nas atas da Constituinte.

SL: E o Supremo pode?...

AACT: A meu modo de ver, não pode fazer o que ele está fazendo. A meu modo de ver, não. Totalmente equivocado. Eu fui crítico e sou contrário ao §3º, porque é um retrocesso, você concorda comigo, não é?

SL: Concordo.

AACT: E isso que está acontecendo...

SL: os tratados já tinham status constitucional...

AACT: É. E isso que está acontecendo hoje, mostra que os Tribunais Supremos da maioria dos países pouco entendem de Direito Internacional.

SL: Pois é, a Costa Rica adota...

AACT: Com exceções, como... Costa Rica é um deles, é auto-executável a sentença, e Colômbia e Peru também outros, porque a Colômbia é através do Poder Executivo, um órgão interministerial para determinar a forma de execução da sentença. E o Peru é a solução Judicial.

SL: A Argentina, o Uruguai...

AACT: A Argentina tem uma proposta, já avançou no Congresso, conhece perfeitamente o assunto, tem avançado muito, mas o nosso país continua sendo dualista.

SL: E eu acho lamentável isso, até mesmo não só na tese em si, mas a quantidade de citações à Corte Interamericana, fiz um levantamento quantitativo, tem mais ou menos 200 citações ao Pacto de São José, e à jurisprudência da Corte são 15 acórdãos só que são citados, e ainda assim parágrafos ou nota de rodapé. Eu acho que se nós conseguíssemos pelo menos aumentar esse grau de citação, de conhecer essa jurisprudência, já seria uma revolução, mas acho que nós temos que mirar e chegar...

AACT: Nós vivemos um retrocesso, porque, por um lado, as Cortes Supremas fazem isso que nosso STF está fazendo, e por outro lado a Corte Interamericana desde

2004 diz que cumprimento parcial passa a figurar em suas estatísticas. Então isso não leva a nada. A quantidade de sentenças que são hoje descumpridas, total ou parcialmente, é impressionante. Como que nós admitimos que até hoje nunca os casos recentes, relativos a Venezuela por exemplo, que é um problema grande hoje, que levou inclusive à denúncia da Convenção Americana pela Venezuela, nunca tenham sido objeto de aplicação do Artigo 65, ou seja, fazer a mesma coisa que eu fiz nos casos peruanos, e no caso da pena de morte mandatária, nos casos de Trinidad Tobago, eu apliquei duas vezes, durante a minha presidência, a sanção do Artigo 65. Como é que desde então foram as duas últimas vezes? Como é que nunca mais a Corte fez isso? Nunca. No meu livro de memórias, eu me concentro só na minha época. Não examino algo que não tenha sido na minha época. Mas eu explico muito bem como é que eu fiz. Nas duas vezes em que eu apliquei essa sanção, eu estava a 3 metros de distância dos chanceleres respectivos. É normal! Está no tratado. Por que nunca mais se faz mais isso? Porque a Corte virou um amiable compositeur, de sua parte. E os Supremos Tribunais dos países, não de todos, como esses que nós mencionamos não fazem isso, mas de outros países continuam na mesma lógica dualista do século XIX, início do século XX. É isso.

SL: E o senhor acha que seria possível enxergar a Corte Interamericana como uma Corte Constitucional, ou ela deveria se portar um pouco mais nesse sentido?

AACT: Eu acho... deixa eu lhe dizer o que eu penso. Eu acho o seguinte. Toda essa terminologia atual é vazia. Porque não é uma questão de “Corte Constitucional”, de “Controle de Convencionalidade”, não é nada disso. O que existe é o que eu tinha dito desde o início da minha época na Corte Interamericana: é uma interação. Interação entre a ordem internacional e a interna. Não se fala mais em termos de priorização de uma ordem ou de outra. Os órgãos nacionais são chamados a exercer certas funções pelos tratados que vinculam o país em questão. Isso de um lado. E de outro lado, o próprio tratado diz que é o recurso que mais protege o que se aplica, não importando se ele está na ordem internacional ou na ordem nacional. Então uma interação completa. Eu publiquei um pequeno livro na Guatemala, pela Procuradoria-Geral da República da Guatemala sobre isso, nos anos 90, muito antes de toda essa jurisprudência, dizendo a interação entre os dois mostra que há uma unidade do Direito. Direito Internacional e Direito Interno são, ou conformam, uma unidade, eles interagem. E não há mais essa preocupação com a prevalência da ordem interna ou da ordem internacional como continua existindo na mente dos juízes nacionais.

SL: Muito bom.

AACT: Mas o que que nós podemos fazer? Eu já fui não sei quantas vezes no Congresso Nacional, já prestei não sei quantos depoimentos no Congresso Nacional, já fiquei horas lá respondendo perguntas.

SL: Uma última pergunta. O senhor, enfim, teve a maior votação da história para a Corte Internacional de Justiça, e certamente sua presença lá leva esse olhar mais humanista para o Direito Internacional como um todo. Aqui no curso da OEA hoje, enfim, que o Jaime Moreno, a Amelia Ruiz, que me possibilitaram aqui assistir, estar aqui com o senhor hoje, o senhor falava da questão das armas nucleares, e eu acho que o senhor imprimiu muito a esse olhar para a questão da saúde, do dano à pessoa humana...

AACT: Para o fator humano, para o fator humano.

SL: Isso vem mudando a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça como um todo? Se abrindo um pouco mais...

AACT: Vem causando, vem causando um impacto muito grande, como eu mencionei hoje em relação ao caso das imunidades jurisdicionais, que a Itália e a Grécia insistem na reparação das vítimas do Nazismo, né? Também como mencionei no caso da convenção contra o Genocídio também. Eu tenho esse dissidente em todos esses casos. No caso da Convenção contra o Genocídio, é uma questão que, veja bem, está em aberto porque ainda há o ressentimento, eles ainda não encontraram justiça. E nesses casos que eu examinei ontem e hoje aqui, que foram decididos na quarta-feira passada pela Corte, foi uma feliz conjunção como eu mencionei dos astros de permitirem que eu fale sobre esses casos, que eles acabam de ser decididos uma semana atrás, é precisamente isso que eu tentei imprimir. E conseguimos um apoio muito grande, a Corte ficou dividida em dois, nunca tinha acontecido isso antes. Está dividida em duas partes, e já metade da Corte vê que não se pode ficar seguindo uma ótica puramente interestatal, com base no dogma da soberania do Estado para casos dessa natureza, de massacres, de genocídio e de armas nucleares. Há que pensar mais na humanidade como um todo e não se pode ficar raciocinando... e também de verem que é um processo dinâmico, e que surgem sempre novas necessidades de proteção, ou seja, é algo apaixonante.

BRASIL NA IDADE MODERNA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

BRAZIL IN THE MODERN AGE OF INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION

PEDRO MUNIZ PINTO SLOBODA¹

RESUMO: De acordo com Antenor Madrugá, o Brasil se encontra na Idade Média da cooperação jurídica internacional. Segundo o autor, o país ainda estaria preso aos grilhões soberanistas de um tempo medieval, alheio ao desenvolvimento da sociedade contemporânea. O presente trabalho visa a sustentar que, malgrado o passo lento, o progresso é notável. Desde a criação do MERCOSUL, o Brasil evoluiu sobremaneira em termos de cooperação jurídica internacional. Essa evolução se dá por meio de dois fenômenos concomitantes: a integração regional e a abertura do direito interno ao Direito Internacional. Se, por um lado, o ordenamento jurídico e a jurisprudência brasileiros ainda não ingressaram na Idade Contemporânea da sociedade globalizada, por outro, já emergiram dos tempos medievais e se encontram na Idade Moderna.

PALAVRAS-CHAVE: cooperação jurídica internacional; integração regional; abertura constitucional

ABSTRACT: According to Antenor Madrugá, Brazil is in the Middle Age of international legal cooperation. He argues that the country's jurisprudence has not developed in tandem with current globalised society. This paper aims at proving that, despite the slow pace, the progress is remarkable. Since the creation of Mercosur, Brazil has evolved greatly in terms of international legal cooperation. This evolution occurs through two concurrent phenomena: regional integration and the opening of domestic law to international law. If, on the one hand, the legal system and the Brazilian case law have not yet joined the Contemporary Age of globalised society, on the other hand, they have emerged from medieval times and are in the Modern Age.

KEYWORDS: international legal cooperation; regional integration; constitutional opening

¹ Doutorando em Direito Internacional pela USP. Mestre em Direito Internacional pela UERJ. Bacharel pela UFF.

1. INTRODUÇÃO

O espaço geográfico torna-se cada vez mais fluido. O advento do meio-técnico-científico-informacional intensificou os fluxos físicos e informacionais, consolidando espaços rápidos e luminosos¹. Na economia, isso se reflete nas cadeias globais de valor e na integração regional das estruturas produtivas. No que concerne às relações humanas, a evolução dos meios de transporte, aliada à tendência de regionalização do Direito Internacional, com conseqüente facilitação do fluxo de pessoas, reflete-se na intensificação dos deslocamentos internacionais. O Direito, enquanto ciência social, não pode permanecer alheio a essas mudanças. Mesmo que quisesse, o Direito não conseguiria ser, para a realidade, um “Leito de Procusto”.

Também o crime organizado torna-se transnacional. A estrutura em rede dos delitos exige resposta célere dos Estados nacionais. A cooperação jurídica internacional em matéria penal e civil deve possuir adaptabilidade compatível com os novos desafios do mundo globalizado. Dessa forma, eventual apego a concepções tradicionais de soberania podem pôr em risco a própria segurança pública. Diante do aumento dos fluxos internacionais de mercadorias, de informações e de pessoas, o Direito deve evoluir gradativamente, de modo a não tolher a evolução social².

A América do Sul progride na consolidação de um mercado comum, no âmbito do MERCOSUL³. Essa integração regional implica maior circulação de fatores produtivos e de pessoas, o que ajuda a consagrar uma cidadania mercosulina. Por conseguinte, os países da região se veem compelidos a avançar em termos de cooperação internacional, o que tem ocorrido gradativamente.

Peter Häberle observa a tendência à abertura do direito interno ao direito internacional, em um contexto de transformações ditadas pelo fenômeno da globalização⁴. Longe vão os tempos em que Heinrich Triepel sustentava uma completa separação entre direito interno e direito internacional, sob a égide da teoria dualista⁵.

¹ SANTOS, Milton e SILVEIRA, María Laura. **O Brasil Território e sociedade no início do século XXI**. Record: Rio de Janeiro, 2012. P. 52.

² A jurisdição estatal é eminentemente territorial. Isso significa que, enquanto regra, o exercício de sua jurisdição legislativa, adjudicatória e de implementação circunscreve-se aos seus limites territoriais (EVANS, Malcolm (org). **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003. P.313). Dessa forma, para que um Estado possa julgar, citar ou ouvir um indivíduo que se encontre fora de seus limites territoriais, deve contar, enquanto regra, com a cooperação jurídica do Estado em que o indivíduo se encontra.

³ “O MERCOSUL, criado em 1991, caminha atualmente em passos largos para constituir um mercado comum, sendo certo que as vertentes social e cidadã conformam uma das prioridades do atual estágio de integração. A possibilidade de transitar por praticamente todo o continente sul-americano munido tão-somente da identidade nacional, bem como a de obter visto de residência e direito ao trabalho, ou, ainda, beneficiar-se de mobilidade acadêmica, contribuem para a conformação de uma cidadania supranacional, atualmente em processo de construção. A integração cultural e a consolidação do Parlamento mercosulino apontam nesse sentido.” RAPOSO, Philippe Carvalho. **O Cidadão e a Construção da Integração Sul-americana**. In: Wagner Menezes; Clodoaldo Silva da Anunciação; Gustavo Menezes Vieira. (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. P. 301

⁴ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, 2v. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 121.

Nos tempos da criação do Estado alemão, no século XIX, ainda era possível alegar essa suposta dualidade. Atualmente, para além do monismo de Kelsen⁶, o que se observa é a integração sistemática do direito interno com o direito internacional⁷. A Emenda à Constituição brasileira número 45, de 2004, é expressão maior dessa abertura constitucional, vertente interna da integração sistemática com o Direito Internacional.

O objetivo do presente estudo é demonstrar como o contexto internacional influenciou a evolução legal e jurisprudencial brasileira no que concerne à cooperação jurídica internacional. Em primeiro lugar, analisa-se como o MERCOSUL promoveu a intensificação desses laços de cooperação. Em seguida, observa-se como a tendência à abertura constitucional ao Direito Internacional possibilitou evolução jurisprudencial quanto ao tema.

2. O MERCOSUL COMO INSTRUMENTO DE INTENSIFICAÇÃO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

A regionalização é uma tendência evolutiva do Direito Internacional⁸. No âmbito americano, a expressão mais evoluída do Direito da Integração é o MERCOSUL. Criado pelo Tratado de Assunção, de 1991, o bloco almeja tornar-se um mercado comum, o que implica integração econômica, comercial, física e jurídica⁹. No que concerne à cooperação jurídica entre seus membros, o Protocolo de Las Leñas e o Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares são os mais importantes documentos que contribuíram para a evolução do tema no Brasil.

Em 1992, foi celebrado o Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa no MERCOSUL. O instrumento, internalizado, no Brasil, pelo decreto presidencial nº 2.067, de 1996, visa a intensificar a cooperação jurídica entre os membros do processo de integração. O Protocolo prevê dois tipos de carta rogatória: as de primeira categoria, destinadas à

⁶ Kelsen, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. **Recueil de Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, tomo 14, 1926. P. 232.

⁷ MIRANDA, Jorge. **O Direito Internacional no início de um novo século**. In REIS, Tarcísio e GOMES, Eduardo. Desafios do Direito Internacional no Século XXI. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. P. 26.

⁸ MIRANDA, Jorge. *Ibidem*. P.18

⁹ Tratado de Assunção, 1991, art. 1: "Este Mercado Comum implica: (...) O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração."

citação, à intimação e à produção de provas; e as de segunda categoria¹⁰, que veiculam pedidos de homologação e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros¹¹.

As cartas rogatórias de primeira categoria do Protocolo não constituem novidade. Intercâmbio de atos processuais, o instrumento de cooperação destina-se exatamente a promover a colaboração do juízo rogado para com o juízo da causa, rogante¹².

A homologação de sentença estrangeira por meio de carta rogatória (de segunda categoria), no entanto, constitui importante evolução. Em geral, o procedimento exigido para a homologação de sentença estrangeira é mais complexo e, por conseguinte, mais demorado. Conforme previsto no artigo 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e no artigo 5º da Resolução nº 09 do Superior Tribunal de Justiça, de 2005, as sentenças estrangeiras, além de estarem traduzidas, autenticadas e de terem sido proferidas por autoridade competente – requisitos também exigidos para a concessão de exequatur às cartas rogatórias – devem ter transitado em julgado e os réus devem, necessariamente, ter sido citados. Além disso, o pedido de homologação deve ser feito perante o Superior Tribunal de Justiça por meio de petição inicial elaborada pelo interessado. Esse procedimento não apenas torna a execução da sentença pelo juiz federal de primeira instância mais demorada, mas também a torna mais custosa, motivo pelo qual a maior parte das sentenças estrangeiras homologadas no Brasil dizem respeito a causas de alto valor.

Ao permitir a homologação de sentenças estrangeiras por meio de carta rogatória, diretamente requerida à Autoridade Central,¹³ o Protocolo de Las Leñas acelera o processo, porque possibilita a execução da sentença sem a oitiva da parte interessada¹⁴ e porque o pedido é feito diretamente pelo Estado estrangeiro, sem a necessidade de a parte vencedora contratar advogado no Brasil para dar início ao

¹⁰ Na classificação de Carmen Tibúrcio. TIBURCIO, Carmen. **Cooperação jurídica internacional em matéria civil**. In Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 1, no 1, Asunción, 2013. P. 65.

¹¹ Desde a aprovação da lei 9.307, de 1996, e, em particular, da promulgação da Convenção Relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, em 2002, pelo decreto no 4.311, nos termos do parecer jurídico de Antônio Cachapuz de Medeiros, não há mais dúvidas quanto à possibilidade de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

¹² Para concessão de exequatur a cartas rogatórias, da mesma forma que para a homologação de sentenças estrangeiras, o Brasil adota o sistema belga de contenciosidade limitada. O STJ faz, portanto, mero juízo de delibação, o que é de fundamental importância para a cooperação internacional, uma vez que não há análise do mérito da questão julgada pelo tribunal estrangeiro. O STJ deve apenas observar se o ato processual ou a sentença não violam a ordem pública, os bons costumes ou a soberania nacional, conforme artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

¹³ Protocolo de Las Leñas, Art. 19: “O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central.”

¹⁴ Resolução 09, STJ: “Art. 8º, Parágrafo único. A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional.”

processo no STJ. O próprio Ministério da Justiça¹⁵ encaminha o pedido de cooperação ao tribunal¹⁶. O Protocolo permite, ainda, a execução parcial da sentença estrangeira, caso alguns de seus aspectos violem a ordem pública local¹⁷.

Desde a entrada em vigor do Protocolo, o STF, a quem competia conceder exequatur às cartas rogatórias antes da EC 45, de 2004, modificou seu entendimento anterior e passou a aceitar cartas rogatórias executórias, desde que fundadas em tratados internacionais, como o Protocolo de Las Leñas¹⁸. A evolução jurisprudencial, já no seio do STF, prenunciaria progresso mais substancial, promovido pelo STJ após a EC 45. Com efeito, o STJ reconhece, atualmente, a possibilidade de concessão de exequatur a cartas rogatórias executórias independentemente de tratado.

Os instrumentos de cooperação previstos no Protocolo de Las Leñas estenderam-se a outros Estados por meio do Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os estados partes do MERCOSUL e a República da Bolívia e a República do Chile, celebrado em Buenos Aires em 2002 e ratificado pelo Brasil em 2009 que contém dispositivos análogos aos mencionados. Progressivamente, o continente caminha em direção a uma comunidade jurídica sul-americana.

O Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares, de 1994, foi promulgado, no Brasil, pelo Decreto 2.626, de 1998, e estabelece o reconhecimento de medidas cautelares que visam a evitar dano irreparável a pessoas, propriedades ou obrigações e a assegurar a efetividade de processos judiciais pendentes¹⁹. O meio adequado para o

¹⁵ No Brasil, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça, no âmbito do Ministério da Justiça, é, enquanto regra, a Autoridade Central para fins de cooperação, nos termos do Decreto 6.061, de 2007. A Procuradoria-Geral da República, conforme a Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, de 1956 e a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, nos termos da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980, da Convenção Relativa à Proteção das Crianças, de 1993, e da Convenção Interamericana sobre Restituição de Menores, também exercem a função de Autoridade Central.

¹⁶ STF, DJU 14 set.98, CR 7.613, República Argentina, Rel Min. Celso de Mello. "O Protocolo de Las Leñas ("Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa" entre os países do Mercosul) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira - à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar - para tornar-se exequível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta à admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dito reconhecimento) de sentença provida dos Estados partes se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o exequatur se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento."

¹⁷ Protocolo de Las Leñas, Art. 23: "Se uma sentença ou um laudo arbitral não puder ter eficácia em sua totalidade, a autoridade jurisdicional competente do Estado requerido poderá admitir sua eficácia parcial mediante pedido da parte interessada."

¹⁸ Esse entendimento foi exarado pelo Supremo Tribunal Federal em STF, DJU 14 set.98, CR 7.613, República Argentina, Rel Min. Celso de Mello.

¹⁹ Protocolo de Ouro Preto, Art. 1: "O presente Protocolo tem objetivo regulamentar entre os Estados Partes do Tratado de Assunção o cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer ou de não fazer."

pleito de reconhecimento de uma medida cautelar é a carta rogatória, de modo que os requisitos a serem observados consistem em tradução e autenticação, sem necessidade de citação do réu, nem de trânsito em julgado. O mecanismo de cooperação previsto no Protocolo de Ouro Preto é bem aceito no Brasil e tem sido adotado pela jurisprudência nacional²⁰. Em mais essa circunstância, o MERCOSUL impulsiona o direito brasileiro para fora dos tempos medievais da cooperação jurídica internacional.

3. A ABERTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A CONSEQUENTE EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, não promoveu apenas a reforma do Poder Judiciário. Ela também promoveu abertura constitucional ao Direito Internacional e assentou as bases de um novo patamar de cooperação jurídica internacional.

De acordo com Peter Häberle, diante do novo contexto internacional, os Estados Constitucionais tendem a ser mais cooperativos²¹. Isso implica maior permeabilidade das Constituições estatais ao Direito Internacional. No Brasil, a EC 45 acrescentou os §§ 3º e 4º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que, respectivamente, incorporou algumas normas internacionais ao texto constitucional e somou a jurisdição de um tribunal internacional à jurisdição do Estado brasileiro. A Constituição estatal, que, enquanto regra, assegura direitos fundamentais e organiza a tripartição de Poderes, atualmente, o faz também por meio de normas internacionais e de um poder judiciário internacional. Observa-se, dessa forma, a crescente integração sistemática entre direito interno e direito internacional.

No mesmo ano de 2004, o Brasil havia promulgado, por meio do decreto 5.015, a Convenção de Palermo das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que visa a intensificar a cooperação jurídica internacional, de modo a dar respostas adequadas a um tipo de crime que não é constringido por limites territoriais e que se beneficia de sua estrutura em rede²². A entrada em vigor dessa convenção para o Brasil tornou ainda mais imperativa a evolução do ordenamento jurídico nacional em matéria

²⁰ STJ, DJU 23 out.07, CR 2.755/AR, Rel Min. Barros Monteiro; STJ, DJU 10 out. 05, CR 215 /EX Re. Min. Edson Vidigal; STJ, DJU 20 set. 07, CR 2.430 /AR, Rel. Min. Barros Monteiro.

²¹ HÄBERLE, Peter, *Ibidem*.

²² Convenção de Palermo, Art. 1: "O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional."

de cooperação jurídica. Em um mundo globalizado e interconectado, os Poderes Judiciários nacionais não se podem ilhar.

A EC 45, de dezembro de 2004, permitiu, dessa forma, evolução determinante para que o Brasil saísse da Idade Média da cooperação internacional. Ao transferir a competência para homologação de sentenças estrangeiras e de concessão de exequatur a cartas rogatórias do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, a emenda constitucional não apenas tornou mais céleres esses processos, tendo em vista o número de juízes que compõem cada tribunal, mas também possibilitou notável evolução jurisprudencial com relação ao tema, uma vez que o STJ se mostra mais aberto aos imperativos da realidade internacional globalizada.

Em 2005, o STJ aprovou a Resolução nº 09, que regulamenta a concessão de exequatur a cartas rogatórias e a homologação de sentenças estrangeiras. Uma primeira evolução notável do Superior Tribunal de Justiça com relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a concessão de exequatur a cartas rogatórias executórias²³ em qualquer caso, o que só era reconhecido pelo STF quando houvesse tratado, como o Protocolo de Las Leñas. O STF apegava-se a curiosos conceitos de ordem pública, entendendo que esse tipo de rogatória a violava. Entendia, por exemplo, que uma medida essencial para o combate ao tráfico de mulheres brasileiras para a Suíça (Carta Rogatória nº 10.484) violava a ordem pública nacional²⁴. O STJ, por sua vez, ciente de que o combate ao crime organizado transnacional exige respostas as quais uma concepção medieval de soberania e de ordem pública não é capaz de dar, reconheceu a possibilidade de concessão de exequatur a cartas rogatórias dessa natureza.

Atualmente, há, dessa forma, três tipos de carta rogatória, às quais o STJ tem concedido exequatur: as ordinatórias, que se destinam ao cumprimento de atos como notificações, citações ou cientificações; as instrutórias, destinadas à coleta de provas; e as executórias, que contêm medidas constritivas, como quebra de sigilo bancário e execução de bens²⁵.

Também no que concerne à homologação de sentenças estrangeiras, a Resolução 09 e a jurisprudência subsequente do STJ representaram importante evolução. Até então, o STF não homologava parcialmente sentenças estrangeiras, nem concedia tutela antecipada em caso de urgência. Diferentemente, dispõe o art. 4º §2º da Resolução 09 do STJ que as decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente. Ademais,

²³ Resolução 09, STJ, 2005, Art. 7º: "As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios."

²⁴ Nesse caso particular, por implicar prestação de informações bancárias por meio da quebra de sigilo.

²⁵ ARAÚJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 295

o §3º do mesmo artigo reconhece a possibilidade de concessão de tutela antecipada nesses pedidos de homologação, quando verificados *periculum in mora* e *fumus boni iuris*²⁶.

A jurisprudência do STJ é mais avançada que a do STF no que diz respeito à cooperação jurídica internacional. Um terceiro mecanismo de cooperação, inicialmente usado para driblar a rigidez da Corte Constitucional, que negava exequatur a cartas rogatórias executórias, foi incorporado na Resolução 09 do STJ. Trata-se do auxílio direto, que, de acordo com o Ministério da Justiça:

consubstancia-se na realização de uma diligência de natureza administrativa no Brasil ou na busca de prolação de uma decisão judicial brasileira relativa a litígio que tem lugar em Estado estrangeiro. Nesse último caso, não se trata de reconhecimento e execução de uma decisão estrangeira no Brasil, mas da obtenção de uma decisão genuinamente brasileira²⁷.

Diversas providências podem ser tomadas por meio de auxílio direto, tais como comunicações de atos processuais, fixação de pensões alimentícias, restituição de menores ilicitamente subtraídos de seu local de residência e determinação de medidas cautelares, como sequestro de bens e bloqueio de ativos financeiros. A resolução 09 do STJ reconheceu explicitamente essa modalidade de cooperação, em seu art. 7º parágrafo único:

Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por **auxílio direto**. (Sem grifo no original.)

Os pedidos de auxílio direto não são apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça porque não há, nesses casos, juízo de delibação a ser realizado. Não existe um provimento jurisdicional do Estado rogante a ser delibado. O auxílio direto é cabível quando há tratado ou promessa de reciprocidade, e os pedidos são recebidos pela Autoridade Central, que os encaminha ao órgão administrativo competente ou à Advocacia-Geral da União, conforme se trate de auxílio por via administrativa ou por via judicial. Neste caso, a Advocacia-Geral da União requer a medida solicitada perante a Justiça Federal de primeira instância²⁸, competente para analisar o caso, seja porque a

²⁶ Resolução 09, STJ, Art. 4º §3º: “admite-se tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras”

²⁷ Brasil. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil** Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

²⁸ Nos termos do artigo 109 I, III e V da Constituição Federal.

União ou o Ministério Público Federal figuram como parte, seja porque os pedidos fundamentam-se em tratados. O auxílio direto foi incluído pelo Senador Valter Pereira no projeto de reforma do Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Federal, já aprovado pela Câmara dos Deputados²⁹.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, em curiosa decisão³⁰, que concedeu *habeas corpus* em caso em que não havia constrição à liberdade de ir e vir, mas apenas a bens particulares, tratou o instituto do auxílio direto como se carta rogatória fosse³¹. Tratava-se de sequestro de bens oriundos do crime organizado transnacional, requerido pela República do Paraguai, via Autoridade Central. A Advocacia-Geral da União dera início à ação perante a Justiça Federal de primeira instância, conforme trâmite do auxílio direto por via judicial; não caberia juízo de delibação pelo STJ, porque não havia ato jurisdicional estrangeiro a ser delibado.

Em sua decisão, contudo, o STF, ao conceder *habeas corpus* afastando o ato de constrição, recusou o auxílio direto para essa hipótese. Segundo o tribunal “ato de Juízo estrangeiro a implicar constrição deve ser examinado pelo Superior Tribunal de Justiça.”³² O que causa estranheza é o fato de não haver, nesse caso, “ato de Juízo estrangeiro” a ser delibado, senão ato jurisdicional exclusivamente brasileiro. Curiosamente, entendeu o Egrégio Tribunal que há antinomia entre o art. 105 da Constituição Federal, que determina que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar,

²⁹ O Projeto de Código de Processo Civil aprovado pela Câmara dos Deputados em março de 2014 contém a seguinte redação no que concerne ao auxílio direto:

“Art. 28. Cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil.

Art. 29. A solicitação de auxílio direto será encaminhada pelo órgão estrangeiro interessado à autoridade central, na forma estabelecida em tratado, cabendo ao Estado requerente assegurar a autenticidade e a clareza do pedido.

Art. 30. Além dos casos previstos em tratados de que o Brasil seja parte, o auxílio direto terá os seguintes objetos:

I – citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial, quando não for possível ou recomendável a utilização de meio eletrônico;
II – obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso;

III – colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira;

IV - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Art. 31. A autoridade central brasileira comunicar-se-á diretamente com suas congêneres e, se necessário, com outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e pela execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, respeitadas disposições específicas constantes de tratado.

Art. 32. Recebido o pedido de auxílio direto passivo, a autoridade central o encaminhará à Advocacia Geral da União, que requererá em juízo a medida solicitada.

Parágrafo único. O Ministério Público requererá em juízo a medida solicitada quando for a autoridade central.

Art. 32. No caso de auxílio direto para a prática de atos que, segundo a lei brasileira, não necessitem de prestação jurisdicional, a autoridade central adotará as providências necessárias para seu cumprimento.

Art. 34. Compete ao juízo federal do lugar em que deva ser executada a medida apreciar pedido de auxílio direto passivo que demande prestação de atividade jurisdicional.

³⁰ STF, DJU 17 nov. 11, HC 10.5905, República do Paraguai. Rel. Min. Marco Aurélio.

³¹ “Com o devido respeito, creio que o STF continua sem distinguir corretamente as hipóteses de juízo de delibação e auxílio direto.” MADRUGA, Antenor. **STF admite HC contra sequestro de bens em auxílio direto**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-out-04/cooperacao-internacional-hc-sequestro-bens-auxilio-direto>. Acesso em 14/11/2014.

³² STF, DJU 17 nov. 11, HC 105.905, República do Paraguai. Rel. Min. Marco Aurélio.

originariamente, a concessão de exequatur às cartas rogatórias, e o artigo 2 do Protocolo de Assistência Mútua em Matéria Penal do MERCOSUL, que determina a assistência jurídica para medidas acautelatórias sobre bens. Sendo infraconstitucional o tratado, não poderia ele prevalecer. A suposta antinomia é ilusória, no entanto; afinal, carta rogatória e auxílio direto consistem em mecanismos distintos de cooperação jurídica internacional. Em verdade, não há norma constitucional ensejadora de antinomia. Há, em realidade, mandamento constitucional que exige a integração política e social do continente³³, para cujo cumprimento a intensificação da cooperação jurídica, promovida pelo Protocolo, é indispensável. Não há inconstitucionalidade no tratado e uma negativa de seu cumprimento sujeita o Brasil a responsabilidade internacional. A decisão, portanto, não se justifica. A exigência de juízo de delibação pelo STJ quando não há ato jurisdicional estrangeiro a ser delibado é quase uma contradição lógico-litera³⁴.

Não parece razoável que a jurisprudência do Egrégio Tribunal mantenha esse descompasso com o mundo globalizado, que demanda respostas concertadas a ameaças como o crime organizado transnacional. Uma vez aprovado o novo Código de Processo Civil, seus dispositivos relacionados ao auxílio direto não devem ser considerados inconstitucionais. Verificados, no Brasil, ativos pertencentes a organizações criminosas transnacionais, ou obras de arte roubadas, por exemplo, a resposta do Poder Judiciário deve ser célere, uma vez que a fluidez atual dos espaços facilita a transação desses bens. Quando não há processo judicial no estado estrangeiro, não há, conseqüentemente, ato jurisdicional a ser delibado, não cabendo, portanto, carta rogatória. Nesses casos, a alternativa ao auxílio direto seria a não cooperação. Questionamentos sobre a constitucionalidade do Novo Código de Processo Civil, quando aprovado, podem pender como uma espada de Dâmocles sobre a evolução da cooperação jurídica internacional.

4. CONCLUSÃO

No que concerne à cooperação jurídica internacional em matéria civil e penal, o Brasil evolui muito nos últimos anos. O Direito do MERCOSUL deu ensejo a atualizações jurisprudenciais ainda no Supremo Tribunal Federal e a abertura constitucional, somada à consciência de que os crimes transnacionais exigem respostas céleres dos Estados, conforme ressaltado pela Convenção de Palermo, permitiu o avanço brasileiro para a

³³ Constituição Federal de 1988, Art. 4º Parágrafo único: "Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações."

³⁴ A decisão no HC 105905 é criticada também por Luis Roberto Barroso e por Carmen Tibúrcio em BARROSO, Luís Roberto e TIBURCIO, Carmen. **Direito Constitucional Internacional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2013.

Idade Moderna da cooperação internacional. O Superior Tribunal de Justiça abandonou os tempos medievais e inseriu o Brasil em uma nova era da cooperação. Hodiernamente, o Brasil concede exequatur a cartas rogatórias executórias, homologa parcialmente sentenças estrangeiras e concede tutela de urgência nesses pedidos de homologação.

Para que a jurisprudência brasileira alcance a Idade Contemporânea da cooperação, no entanto, é necessário evoluir mais. Ainda atualmente, algumas decisões agrilhoam juridicamente o Brasil a tempos feudais. Nas palavras de Antenor Madrugá:

O direito é estatal mas a sociedade é global. Ou aprendemos a promover uma cooperação jurídica internacional célere e eficiente ou continuaremos a testemunhar a impotência do Estado diante dessa nova sociedade³⁵.

O Brasil ainda não alcançou a Idade Contemporânea da cooperação jurídica internacional, mas é possível afirmar que a Idade Média ficou para trás. A evolução atual, se ainda insuficiente, permite brilhos de otimismo. A velocidade do mundo contemporâneo há de ser acompanhada pelo direito brasileiro. Nesse sentido, a aprovação do novo Código de Processo Civil, reiterando as inovações da Resolução 09 do STJ, deverá constituir indícios de um novo tempo.

5. REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto e TIBURCIO, Carmen. **Direito Constitucional Internacional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2013.
- Brasil. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil** Brasília : Ministério da Justiça, 2012.
- BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CASSESE, Antonio. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina. 2003.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

³⁵ MADRUGA, Antenor. **O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional**. Disponível em <http://www.rogatoria.com.br/cji/wp-content/uploads/2009/08/MADRUGA-Antenor-STF.pdf>. Acesso em 14 /11 /2014.

- EVANS, Malcolm (org). **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. **Recueil de Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, tomo 14, 1926.
- MADRUGA, Antenor. **O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da Cooperação Jurídica Internacional**. Disponível em <http://www.rogatoria.com.br/cji/wp-content/uploads/2009/08/MADRUGA-Antenor-STF.pdf>. Acesso em 14 /11 /2014.
- _____. **STF admite HC contra sequestro de bens em auxílio direto**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-out-04/cooperacao-internacional-hc-sequestro-bens-auxilio-direto>. Acesso em 14/11/2014.
- MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Direito Internacional Privado: curso elementar**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MEDEIROS, Antônio Cachapuz de. **Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty**. Brasília: FUNAG, 2009.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, 2v. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. Cascais: Principia, 2002.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. Salvador: Jus podivm, 2014.
- RAPOSO, Philippe Carvalho. **O Cidadão e a Construção da Integração Sul-americana**. In: Wagner Menezes; Clodoaldo Silva da Anunciação; Gustavo Menezes Vieira. (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.
- REIS, Tarcísio e GOMES, Eduardo. **Desafios do Direito Internacional no Século XXI**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.
- SANTOS, Milton e SILVEIRA, María Laura. **O Brasil Território e sociedade no início do século XXI**. Record: Rio de Janeiro, 2012.
- SHAW, Malcolm N. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SLOBODA, Pedro Muniz Pinto; TAVARES Sergio Maia. **Direito Interno e Direito Internacional: Integração Sistemática**. In: Wagner Menezes; Clodoaldo Silva da Anunciação; Gustavo Menezes Vieira. (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014
- STF, DJU 17 nov. 11, HC 105.905, República do Paraguai. Rel. Min. Marco Aurélio.
- STF, DJU 14 set.98, CR 7.613, República Argentina, Rel Min. Celso de Mello.
- STJ, DJU 23 out.07, CR 2.755/AR, Rel Min. Barros Monteiro
- STJ, DJU 10 out. 05, CR 215 /EX Re. Min. Edson Vidigal
- STJ, DJU 20 set. 07, CR 2.430 /AR, Rel. Min. Barros Monteiro.
- TIBURCIO, Carmen. **Cooperação jurídica internacional em matéria civil**. In Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 1, no 1, Asunción, 2013.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: ORIGENS, MECANISMOS E EFICÁCIA

*INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS: ORIGINS, MECHANISMS AND
EFFICIENCY*

SAMUEL FELIPE NASCIMENTO HORN¹

LAÍS DAMASCENO SILVA¹

MARIA CLARA CONDE MORAES COSATI¹

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade tratar das origens históricas do sistema interamericano de direitos humanos, bem como ocupar-se dos direitos específicos previstos dentre os seus principais instrumentos de proteção. A seguir, expor o funcionamento de seus mecanismos, nominalmente a Comissão e a Corte Interamericana. Na parte final, visamos explorar o relacionamento particular entre o sistema interamericano e o ordenamento jurídico brasileiro, tendo como foco sua eficácia.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema interamericano de direitos humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica. Comissão Interamericana de

Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT: This paper aims to address the origins of the Inter-American human rights system, as well as to list the specific rights typified in the main treaties. Following, we wish to expose how its apparatus, nominally the Inter-American Commission and Court, work. In the end, we explore the particular relationship between the Inter-American system and Brazilian Law, focusing on its effectiveness.

KEYWORDS: Inter-American human rights system. American Convention on Human Rights. Pact of San José. Inter-American Commission on Human Rights. Inter-American Court of Human Rights.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenador da Seção de Direito Processual na Revista de Direito dos Monitores (RDM-UFF). Foi monitor da disciplina de Direito Constitucional Internacional e Comparado.

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Monitora de Direito Constitucional (2015). Bolsista de iniciação científica (FAPERJ). Integrante do Grupo de Pesquisa Constituição e Política (GPCP). Estagiária voluntária na Revista Culturas Jurídicas (RCJ).

1. INTRODUÇÃO

A pertinência da formulação de sistemas regionais de proteção aos direitos humanos encontra-se na possibilidade de uma construção de um arcabouço normativo mais robusto para proteger a dignidade da pessoa humana. Com menos Estados envolvidos, além da frequentemente maior homogeneidade cultural e linguística, há maior facilidade em busca de um consenso¹. Diferentemente da seara internacional, a proximidade entre os países comprometidos garante respostas e pressões mais ágeis e uma perspectiva maior de efetividade, complementando, assim, eventuais lacunas deixadas pelo Sistema Onusiano².

É importante, antes de partir para uma análise mais individualizada do contexto interamericano, frisar que o surgimento de sistemas regionais não está a contrariar o contido na Carta das Nações Unidas³. O artigo 1º, § 3º⁴ é claro ao definir que constitui objetivo da Organização das Nações Unidas (doravante, ONU) a cooperação internacional⁵. Além disso, apesar de não se tratar de previsão que visasse proteção aos direitos humanos, a própria Carta possui também menção expressa a acordos regionais que busquem a paz e a segurança internacionais. Em resolução⁶ aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas durante os anos 70 encorajou-se que os Estados que ainda não tivessem constituído, conjuntamente, sistemas de proteção, o fizessem⁷.

Desta forma, vigoram – como será demonstrado mais especificamente adiante – textos normativos internacionais que protegem os mesmos direitos humanos. Como exemplo pode ser listada a vedação ao trabalho escravo, constante no artigo 8º, § 1º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁸ assim como, em nosso contexto regional, no artigo 6º, § 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹. Havendo estas

1 SMITH, Rhona K. M. Textbook on international human rights, 2003 *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 340

2 HEYNS, Christof; VILJOEN, Frans. South African journal on human rights, 1999 *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, *loc. cit.*

3 Também chamada de Carta de São Francisco.

4 Diz o artigo 1º, § 3 da Carta: “Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;”

5 MAZZUOLI, Valério. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 973.

6 Resolução 32/127, 1977.

7 STEINER, Henry. Regional arrangements: general introduction, 1994 *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, *loc. cit.*

8 Diz o mesmo: “Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.”

9 No qual pode-se ler: “Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.”

possibilidades múltiplas, deve a vítima interessada recorrer àquela que melhor possa lhe proteger¹⁰.

O sistema interamericano de direitos humanos é vinculado à Organização dos Estados Americanos (doravante, OEA). Desta feita, sua origem histórica data da assinatura da Carta da Organização dos Estados Americanos¹¹ de 1948, mesmo ano no qual foi firmada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Enquanto a primeira se tratava da carta constitutiva da organização, a segunda possuía como fim a explicitação dos direitos previstos naquela. Em que pese seu caráter não-vinculante, foi o principal documento de proteção aos direitos humanos até a entrada em vigor da Convenção Americana em 1978 e, após essa data, em relação aos Estados-membros que não ratificaram esta última¹².

Acima de qualquer motivação humanitária, a fundação da OEA estava inserida no específico contexto da Guerra Fria. Os Estados Unidos, visando o combate à expansão da esfera de influência soviética e da ideologia socialista logo após o fim da Segunda Guerra, deu início a uma formação de alianças que garantissem que o continente americano como um todo não seguisse rumo diverso daquele conforme planejado em Washington. No âmbito militar, foi assinado, por exemplo, o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR). Na conjuntura política, por sua vez, liderou a criação da OEA, garantindo sua hegemonia sobre o “hemisfério ocidental¹³.”

Em 1959 foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como órgão promotor dos mesmos na região, inicialmente para executar seus trabalhos até o momento no qual fosse produzido um documento que reunisse uma proteção mais efetiva a esses direitos do que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Tal se deu em 1969, com a assinatura da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Comissão permaneceu como um dos mais importantes mecanismos de proteção dentro do sistema interamericano¹⁴, e será tratada mais minuciosamente adiante.

A Convenção é o instrumento o qual pode ser apontado como o fundamental¹⁵ ou de maior importância¹⁶ do sistema interamericano de direitos humanos. Foi assinada

10 PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 342.

11 Também chamada de Carta de Bogotá.

12 MAZZUOLI, Valério. *Op. cit.*, p. 974.

13 MUNHOZ, Sidnei J. Ecos da emergência da Guerra Fria no Brasil (1947-1953), In: DHI/UEM (Org.). *Diálogos*, v. 6, 2002, p. 43-45.

14 MAZZUOLI, Valério. *Op. cit.*, p. 974-975

15 *Ibid.*, loc. cit.

16 PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 343

na cidade de San José, na Costa Rica, em 1969. Por isto, a Convenção também é conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

O artigo 74, § 2º da mesma definiu que ela entraria em vigor somente após a ratificação de 11 membros. Isto se deu apenas em 18 de julho de 1978, quase dez anos após a sua produção. Um total de 25 países ratificaram até o momento o seu texto¹⁷, em que pese algumas denúncias posteriores¹⁸. É interessante constatar que, apesar de ostentarem notável discurso em prol da defesa dos direitos humanos globalmente considerados, nem Canadá e tampouco os Estados Unidos ratificaram a Convenção e, *a priori*, não demonstram possibilidade de alterarem este quadro¹⁹.

É interessante constatar que, quando da entrada em vigor do Pacto, a maioria dos países era da América Central. Somente Peru, Venezuela e Colômbia haviam ratificado o documento na América do Sul. Mesmo assim, mais da metade dos ratificantes viviam em regimes autoritários²⁰. Neste sentido, acertadas as palavras de Flávia Piovesan:

A análise do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos demanda seja considerado o seu contexto histórico, bem como as peculiaridades regionais. [...] A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico²¹.

Não é, assim, de se espantar, que países os quais viviam sob regimes ditatoriais, como Chile e Argentina, só ratificaram a Convenção após seus períodos de transição para a democracia. No Brasil isto não se deu modo diferente, e sua promulgação interna se deu somente em 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678²².

A Convenção dispõe de 82 artigos, dos quais 23 tratam de direitos em espécie. Há ainda previsões de deveres a serem cumpridos pelos Estados (artigos 1º e 2º) e normas tratando da suspensão, interpretação e aplicação dos dispositivos do Pacto (artigos 27 a 31). Os meios de proteção são definidos no artigo 33, alíneas “a” e “b”, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de

17 REZEK, Francisco. Direito internacional público: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256-257

18 Venezuela e Trinidad e Tobago denunciaram a Convenção. A lista de países ratificantes está disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm>.

19 REZEK, Francisco. Op. cit., p. 258

20 BUERGENTHAL, Thomas. The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights, 2003 apud PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

21 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 85.

22 MAZZUOLI, Valério. Op. cit., p. 975.

Direitos Humanos, ainda a serem tratadas mais individualmente. O funcionamento das mesmas se estende através dos artigos 34 ao 73. Os artigos finais tratam das disposições gerais e transitórias.

Em seu conteúdo, o rol de direitos elencados é bastante similar em conteúdo àquele trazido pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²³, dispondo de típicos direitos de primeira dimensão oriundos de uma matriz liberal-burguesa.

Tomando como parâmetro a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais de Georg Jellinek – em que pesem as críticas posteriores feitas²⁴ – para análise dos direitos elencados, temos que estes, majoritariamente, se encaixam perfeitamente no conceito de *status negativus*²⁵ – como o direito à vida (artigo 4º) e o direito à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13) – e outros, em menor escala, no *status activus*²⁶ – como as previsões de direitos políticos (artigo 23). Ao mesmo tempo, apesar de obrigações, *a priori*, negativas, deve também o Estado-parte garantir que agentes privados não violem as garantias elencadas, possuindo da mesma forma obrigações positivas²⁷.

A Convenção não lista qualquer direito social. No Capítulo III da mesma – em cuja rubrica se lê “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” – traz somente um único dispositivo (artigo 26), o qual trata da obrigatoriedade do desenvolvimento progressivo dos mesmos²⁸.

Os direitos sociais foram dispostos no primeiro protocolo adicional à Convenção – conhecido como Protocolo de San Salvador – aprovado pela Assembleia Geral da OEA em 1988, vigorando a partir de 1999 e ratificado pelo Brasil no mesmo ano²⁹. Este sim, passou a garantir direitos de matriz tipicamente prestacional, como o direito à saúde, à alimentação e ao acesso ao meio-ambiente sadio, nos artigos 10, 12 e 11, respectivamente. Um segundo protocolo adicional ao Pacto foi firmado em 1990, dispondo sobre a abolição da pena de morte, também já ratificado pelo Brasil³⁰.

23 PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

24 Como, por exemplo, por Konrad Hesse. HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995 apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 164.

25 Com base na lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “... consistente numa esfera individual de liberdade imune ao jus imperii do Estado, que, na verdade é poder juridicamente limitado.” SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 162-163.

26 Do mesmo modo: “... no qual este [cidadão] passa a ser considerado titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, como, por exemplo, pelo direito de voto.” *Ibid.*, loc. cit.

27 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89-90.

28 *Id.*, 2012, p.56.

29 MAZZUOLI, Valério. *Op. cit.*, p. 977-978.

30 *Ibid.*, *op. cit.*, p. 978.

É importante destacar que a proteção fornecida pela Convenção possui caráter de complementariedade, ou seja, deve atuar somente nos casos de omissão por parte do Estado. Somente no caso deste não cumprir sua obrigação negativa ou positiva e, mesmo após cobrado pelas vias judiciais internas, não sanar seu vício, deverá atuar o sistema interamericano de direitos humanos³¹.

Outros documentos de proteção de nosso sistema regional são a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (de 1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (de 1994)³², a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (também de 1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (de 1999). Infelizmente, a grande maioria das convenções supracitadas não foi ratificada por boa parte dos Estados-membros³³.

Passaremos, agora, a uma análise mais pormenorizada dos mecanismos que buscam garantir o cumprimento dos direitos e obrigações estabelecidos na Convenção Americana, em seus protocolos adicionais e nas demais normativas que integrem o sistema interamericano de direitos humanos.

2. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

2.1 Histórico

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é integrante do sistema protetor dos direitos enunciados na Convenção, do qual também faz parte, como anteriormente citado, a Corte Interamericana³⁴. Enquanto esta tem como principal função protetiva o exercício da jurisdição quanto aos direitos tratados na Carta, o papel da Comissão abrange o exercício de diversas atividades que lhe são atribuídas pela Convenção.

A Comissão tem sua origem na Resolução VIII, adotada na V Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores, realizada em Santiago, no Chile³⁵. Teve como início de funcionamento o ano de 1960 e, de acordo com o estabelecido na Carta da OEA, tem

31 *Ibid.*, *op. cit.*, p. 975-976.

32 Também conhecida como Convenção de Belém do Pará.

33 MAZZUOLI, Valério. *Op. cit.*, p. 978.

34 Como enunciado no artigo 33 da Convenção.

35 MAZZUOLI, Valério. *loc. cit.*

sua competência abrangendo tanto os Estados-partes da Convenção quanto os membros da OEA³⁶.

2.2 Composição e funcionamento

A organização e composição da Comissão são tratadas nos artigos 34 a 40 da Convenção Interamericana. Estabelecem, inicialmente, que a Comissão será composta de sete membros, eleitos a título pessoal, que tenham boa reputação moral e reconhecido saber acerca de direitos humanos. Cada governo poderá indicar três candidatos³⁷ para integrar a lista a partir da qual serão eleitos os membros pela Assembleia Geral da OEA, sendo vedada a eleição de mais de um nacional do mesmo país (artigo 37).

O tempo de mandato tem como regra o período de quatro anos, permitida uma reeleição. No entanto, em seguida à escolha dos eleitos pela Assembleia, serão sorteados três nomes que terão mandato terminado após dois anos. Após a eleição, os membros da Comissão serão representantes de todos os Estados-membros da OEA.

Quanto às funções da Comissão, é possível constatar que todo o seu conjunto de atividades está diretamente relacionado com a que pode ser considerada razão de sua existência, ou seja, a promoção da observância e defesa dos direitos humanos³⁸. Desse modo, a observância dos direitos caracteriza-se como fim último de todas as atividades desempenhadas pela Comissão.

Dentre os fins enumerados na Convenção, o primeiro a ser destacado é o de “estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América”³⁹. Como exemplo de atividade correspondente a esse papel, a Comissão leva a efeito conferências, estudos, seminários e outras atividades informativas que possam fomentar o respeito e promover a difusão dos direitos estabelecidos.

À Comissão cabe também “formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos”⁴⁰ e “solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe

36 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 345 e MAZZUOLI, Valério. *op. cit.*, p. 979.

37 Os candidatos podem ser nacionais do Estado que o indicar ou de outro Estado-membro da organização. *Ibid.*, *loc. cit.*

38 Artigo 41, *caput* da Convenção.

39 Artigo 41, alínea “a” da Convenção.

40 Artigo 41, alínea “b” da Convenção.

proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos”⁴¹. Tais atividades podem ser caracterizadas como integrantes de uma função assessora⁴² da Comissão, uma vez que esta é competente para conhecer e opinar diante dos Estados-membros sobre assuntos que guardem relação com os direitos humanos.

Na mesma função incide a atividade de atendimento a possíveis consultas realizadas pelos Estados-membros sobre questões relacionadas aos direitos humanos⁴³. Tal função – desempenhada através da Secretaria-Geral da OEA – permite que a Comissão se manifeste acerca de assuntos relacionados aos direitos humanos e oriente o procedimento dos Estados – membros quanto a medidas a serem adotadas para a sua efetivação.

A Convenção estabelece ainda a possibilidade de “preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções”⁴⁴. Somado à apresentação de relatório anual à Assembleia Geral da OEA⁴⁵, é possível indicar a atividade como função crítica⁴⁶ da Comissão, uma vez que contém informações a respeito do patamar de cumprimento dos direitos humanos, seja de maneira generalizada ou específica a um Estado-membro da OEA.

2.3 Os casos levados à Comissão

A Comissão tem a atribuição ainda de examinar petições e comunicações que responsabilizem Estados-partes por violações de obrigações e direitos apontados na Convenção⁴⁷. Tais comunicações ou denúncias de Estados-membros perante a Comissão podem ser remetidas tanto por indivíduos, grupos de indivíduos e organizações não-governamentais⁴⁸ quanto por outros Estados-membros.

Quanto aos dois grupos possíveis de remetentes, há observação importante. A competência da Comissão para examinar as comunicações elaboradas por indivíduos ou entidades não-governamentais é aceita de maneira obrigatória e automática quando do momento em que o Estado se torna parte da Convenção. Desse modo, o reconhecimento

41 Artigo 41, alínea “d” da Convenção.

42 FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Protección jurídica de los derechos humanos**. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, p.152.

43 Artigo 41, alínea “e” da Convenção.

44 Artigo 41, alínea “c” da Convenção.

45 Artigo 41, alínea “g” da Convenção.

46 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *loc. cit.*

47 Na forma dos artigos 44 a 51 da Convenção.

48 Desde que reconhecidas por um ou mais Estados-membros da Organização.

da competência não necessita de declaração expressa e pode ser qualificado como exceção à cláusula facultativa, não podendo o Estado-membro escolher se aceita ou não tal sistemática⁴⁹.

Em relação às comunicações interestatais, ou seja, às denúncias de Estado-parte que forem feitas por outro Estado-parte, os membros declararão se aprovam ou não a competência da Comissão⁵⁰. Nesse caso, aplica-se, portanto, a regra da cláusula facultativa, só podendo a Comissão avaliar comunicações quando ambos os Estados envolvidos tenham se manifestado positivamente a respeito de sua competência⁵¹.

Superada a questão da competência, passa-se agora ao procedimento para a elaboração e análise das comunicações. A Convenção, em seu artigo 46, aponta os requisitos necessários para que uma comunicação ou petição seja admitida pela Comissão. O primeiro deles contém o princípio do prévio esgotamento dos recursos internos⁵², segundo o qual, para se invocar a proteção internacional, é necessário ter antes exaurido as instâncias internas ao país⁵³.

Fixam-se, também no artigo 46 da Convenção, as situações de exceção ao requisito do prévio esgotamento interno, quais sejam: quando não existir, internamente, o devido processo legal que salvaguarde os direitos violados; quando não se houver permitido acesso ou esgotamento da jurisdição interna pelo prejudicado; ou quando houver demora injustificada nas decisões dos recursos internos.

Há, ainda, outros requisitos de admissibilidade. Um deles é o cumprimento do prazo. A petição deve ser apresentada em até seis meses a partir de notificação do prejudicado acerca da decisão definitiva. Além disso, não poderá ser apresentada petição cujo objeto esteja pendente em outro processo internacional, a fim de se evitar litispendência ou coisa julgada internacional⁵⁴. O quarto e último requisito estabelecido no artigo 46 é o de que a petição contenha “o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição”⁵⁵.

49 MAZZUOLI, Valério. *Op. cit.*, p. 980.

50 Artigo 45 da Convenção.

51 PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 349.

52 MAZZUOLI, Valério. *loc. cit.*

53 “Quanto ao requisito do prévio esgotamento dos recursos internos, leciona Antônio Augusto Cançado Trindade: ‘Como se sabe, estamos diante da regra de Direito Internacional em virtude da qual se deve dar ao Estado a oportunidade de reparar um suposto dano no âmbito de seu próprio ordenamento jurídico interno, antes de que se possa invocar sua responsabilidade internacional’”. PIOVESAN, Flávia. *Loc. cit.*

54 MAZZUOLI, Valério. *Op. cit.*, p. 981.

55 Convenção, artigo 46, 1, alínea “d”.

A Comissão analisará a presença de requisitos e decidirá sobre a admissibilidade da petição. Caso a petição – ou comunicação – seja admitida, cabe à Comissão realizar o requerimento de informações ao governo do Estado denunciado, para cujo cumprimento fixará prazo razoável, definido de acordo com as circunstâncias. A partir do recebimento das informações ou com o decurso do prazo, realizará a verificação da existência ou permanência dos motivos da petição. Em caso negativo, a Comissão procederá ao arquivamento do expediente.

Na hipótese de subsistência dos motivos da petição, será feita uma análise dos dados e assuntos nela contidos e, caso seja oportuno, uma investigação dos fatos⁵⁶. Passa-se, assim, à fase conciliatória, na qual a Comissão tentará fazer com que as partes cheguem a um resultado amigável. Em se chegando a um acordo, a Comissão elaborará relatório dos fatos relevantes para o caso, bem como da solução obtida, que será publicado pela Secretaria da OEA.

No entanto, caso não seja alcançada solução nessa fase, caberá à Comissão a redação de um relatório com suas ilações acerca do comportamento do Estado-parte – ou seja, a Comissão deverá declarar se constatou ou não a violação de direitos humanos – e com seus fatos relevantes. O relatório conterá ainda recomendações ao Estado-parte, que terá três meses para realizá-las, contados da data da remessa do relatório.

Decorrido o prazo e, caso não tenham sido efetivadas as recomendações nem submetido o caso perante a Corte⁵⁷, a Comissão decidirá, por maioria absoluta de seus membros, recomendações pertinentes acerca da questão apreciada e fixará novo prazo para seu cumprimento. Ao final do prazo, analisará e decidirá, também por maioria absoluta, se houve ou não a realização das medidas indicadas, bem como se publicará o informe por ela produzido.⁵⁸

Passa-se, agora, ao estudo detalhado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, responsável pelo exercício da jurisdição acerca dos direitos assegurados pelo sistema e, de modo mais específico, pela Convenção.

3. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

56 Constata-se, a partir desta fase, a existência de um caso. MAZZUOLI, Valério. *Op. cit.*, p. 982.

57 A submissão perante a Corte poderá ser realizada somente pela Comissão ou por Estado-parte, de acordo com o artigo 61 da Convenção.

58 Artigo 51 da Convenção.

3.1 Histórico

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, como parte do sistema interamericano, foi criada pela Organização dos Estados Americanos, com a função de salvaguardar os direitos humanos pactuados na Convenção Americana e os demais acordos firmados entre os países pertencentes à OEA, conforme disposto no art. 33 da Convenção.

Sua organização e estabelecimento ocorreram no ano de 1979, após a entrada em vigência do Pacto de San José da Costa Rica (1978) e, em 22 de Maio, os Estados-partes elegeram os advogados que se tornariam os primeiros Juízes da Corte.

Em julho de 1978, a Assembleia Geral da OEA aprovou a fixação da sede da Corte, transferindo-a de Washington, D.C., capital dos Estados Unidos, para a Costa Rica. Finalmente, a cerimônia que celebrou o efetivo assentamento da Corte se deu em San Jose, em 3 de setembro de 1979, ano em que também foi realizada sua primeira sessão.

O Estatuto da Corte foi aprovado na Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, na Bolívia. As regras procedimentais das funções consultiva e jurisdicional da Corte estão previstas no Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que foi aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões, em novembro de 2009.

Conforme disposto no art. 1º do Estatuto da Corte, ela é instituição judiciária autônoma, com o propósito de aplicar e interpretar a Convenção, através de sua competência para averiguar violações aos direitos humanos. A Corte possui duas principais funções, uma jurisdicional e outra consultiva. Sua atuação poderá se dar, ainda, na edição de medidas provisórias em situações urgentes⁵⁹.

3.2 Função consultiva

Embora seja um instituto relativamente simples, não se pode menosprezar sua importância na relação legislativa entre os Estados-partes e a Convenção. A função consultiva é a principal responsável pelo papel interpretativo cabível à Corte, de forma que pode evitar potenciais conflitos normativos e/ou interpretativos.

Prevista no art. 64 do Pacto de San José, a consulta diz respeito à prerrogativa dos Estados-partes e órgãos da OEA de consultar a Corte, quando houver dúvidas a

respeito da interpretação da Convenção ou de outros tratados de direitos humanos no âmbito do continente americano.

Existe ainda a possibilidade de que o Estado-parte solicite uma manifestação formal da Corte sobre a compatibilidade de legislação interna com o disposto na Convenção. Nesse caso, a Corte dará sua assistência formal ao Estado que a requisitou por meio de um parecer.

Finalmente, a interpretação dada pela Corte é regulada no art. 29 do Pacto de San José da Costa Rica que, em linhas gerais, veda interpretações que tendam a limitar ou suprimir os direitos e garantias protegidos pela Convenção.

3.3 Função jurisdicional

No exercício da função jurisdicional, a Corte é, ao lado da Comissão Interamericana, o órgão legitimado para a averiguação dos casos que envolvam uma possível violação de direitos humanos, atuando na resolução de conflitos.

De acordo com o disposto no art. 33, alínea “b” do Pacto de San José, a Corte possui competência para aplicar a Convenção, na medida em que lhe incumbe conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes, vindo a determinar se os mesmos incorreram, ou não, em responsabilidade por violação a alguns dos direitos reconhecidos no Pacto de San José.

Cumprir destacar que, a responsabilidade dos Estados na observância dos direitos humanos se dá tanto no aspecto negativo, de não os violar; quanto no aspecto positivo, no sentido de adotar as medidas necessárias para que haja sua efetivação⁶⁰. Assim, ambos os casos podem gerar situações passíveis de denúncia à Corte.

Quando houver determinado caso sobre a proteção aos direitos humanos e, conseqüentemente, ao Pacto de San Jose, ele poderá ser levado à Corte através de uma denúncia. O oferecimento desta, porém, está sujeito a dois critérios principais. Primeiramente, a denúncia apenas poderá ser feita pelos Estados-partes ou pela Comissão, que são os únicos legitimados, nos termos do art. 61, caput da Convenção.

O segundo critério para que a Corte conheça qualquer caso será aqui denominado de subsidiariedade. A Corte apenas atuará subsidiariamente à atuação da, quando os procedimentos deste órgão se esgotarem⁶¹. Trata-se, por tanto, de *ultima*

60 PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 344.

61 Artigo 61, §2º da Convenção.

ratio na proteção aos direitos humanos dentro da OEA, apenas sendo acionada quando não houver quaisquer outras alternativas na solução dos conflitos.

No que diz respeito à jurisdição da Corte, é imprescindível mencionar que ela não incide automaticamente sobre os Estados-partes. Antes, para que um caso seja conhecido, todos os Estados envolvidos nele precisam ter declarado reconhecer a competência da Corte, aceitando a sua jurisdição, além de se comprometerem a cumprir as decisões da Corte, quando figurarem como parte⁶².

O procedimento de exame do caso se dará nos termos previstos no Regulamento da Corte. Dentre as previsões do regulamento, destaca-se a do art. 37, de que é possível a nomeação, por parte do Tribunal, de um Defensor Interamericano para atuar como representante da vítima sem representação legal.

Destaca-se, também, que é possível que o processo seja extinto voluntariamente, através da desistência de quem apresentou a denúncia, ou pelo reconhecimento por parte do acusado das demandas ou, ainda, por uma solução acordada entre as partes⁶³. Todavia, qualquer dessas situações não obsta o prosseguimento da Corte na análise do caso. Essa previsão do art. 64 do Regulamento da Corte dá primazia à função e competência da Corte na proteção aos direitos humanos.

Analisando a Corte o caso, pronunciará a sentença, que poderá ser absolutória ou condenatória. A sentença deverá ser fundamentada, sendo ela definitiva e inapelável, de acordo com os artigos 66 e 67 da Convenção.

Quando a decisão for condenatória, ela incluirá a previsão de sanções, nos termos do art. 63 do Pacto de San José. As sanções incluirão a determinação de que se assegure o direito ou liberdade violada à vítima, podendo incluir, ainda, que haja reparação ao dano sofrido e o pagamento de indenização justa. É possível também que, em casos graves e urgentes, a Corte edite medidas provisórias, a fim de evitar danos irreparáveis⁶⁴.

A Corte conta, por fim, com um mecanismo de supervisão de sentenças, previsto no art. 69 de seu Regulamento, onde pode solicitar informações do Estado ou até mesmo promover audiências com as partes, de modo que possa averiguar se, dentro do tempo determinado na sentença, houve o cumprimento desta pelo Estado. Assim, a Corte

62 Artigos 62 e 68 da Convenção.

63 Artigos 61, 62 e 63 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

64 As medidas provisórias estão regulamentadas no art. 27 do Regulamento da Corte.

poderá orientar as ações do Estado, para auxiliar na eficácia de sua decisão e também levar as informações cabíveis à Assembleia Geral da OEA.

A função de supervisão de sentenças é chave para que a Corte possa alcançar seu propósito de ser. De fato, a implementação de mecanismos que garantam a aplicação de suas sentenças é o fator principal para que sua atuação seja verdadeiramente eficaz.

4. O BRASIL E O SISTEMA INTERAMERICANO

4.1 Internacionalização dos direitos humanos

Na América Latina como um todo, diferentemente de outras regiões do mundo, há notável índice de assinaturas e ratificações de tratados de direitos humanos⁶⁵. Além de trazer a previsão da “prevalência dos direitos humanos” como critério para reger as relações internacionais brasileiras⁶⁶, a promulgação da Constituição de 1988 trouxe também a “internacionalização” dos mesmos⁶⁷, com a referência expressa do artigo 5º § 2º⁶⁸.

Quando ratificou o Pacto de San José da Costa Rica, o Brasil se comprometeu com a observação das normas protetivas dos direitos nela pactuados. Da mesma forma, optou – em que pese a certa demora para tal – por reconhecer a competência da Corte para interpretar e aplicar a Convenção, aceitando sua jurisdição e comprometendo-se com cumprimento das sentenças, por meio do depósito do termo de ratificação datado de 10 de dezembro de 1998 após a aprovação *ad referendum* por meio do Decreto Legislativo nº 89 do mesmo ano⁶⁹. A promulgação e o início de sua validade interna⁷⁰ tiveram início após a promulgação do Decreto nº 4.463 de 8 de novembro de 2002⁷¹.

65 PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência brasileira. In: ALVARADO, Paola Andrea Acosta; POBLETE, Manuel Núñez (Org.). El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012b, p. 142.

66 Prevista no artigo 4º, II, de nossa Carta Magna. RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 349.

67 Ibid., p. 345.

68 No qual se pode ler: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

69 Diz o artigo 1º, caput, do Decreto Legislativo: “É aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.”

70 Em que pese as críticas direcionadas a esse entendimento pela doutrina, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal desde a análise da Carta Rogatória nº 8.279 enviada pela Argentina em 1998 é de que os tratados internacionais, mesmo que ratificados, só terão vigência interna após a promulgação por meio de decreto presidencial. MAZZUOLI, Valério. Op. cit., p. 397.

71 O Decreto nº 4.463 em seu art. 1º diz: “É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção

Sobre a submissão do governo brasileiro à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, diz André de Carvalho Ramos:

Com o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH, o Brasil deu o passo decisivo para aceitar o universalismo na área dos direitos humanos. Não é mais possível uma interpretação “nacionalista” dos direitos humanos no Brasil, pois essa interpretação pode ser questionada perante a Corte IDH ou outros órgãos internacionais, devendo o Brasil cumprir a interpretação internacionalista porventura fixada⁷².

Na prática, porém, o que se tem observado, todavia, é que o Brasil não tem dado plena eficácia às decisões da Corte e às recomendações da Comissão, tanto no que diz respeito ao entendimento das mesmas em matéria de controle de convencionalidade quanto às condenações impostas.

4.2 O controle de convencionalidade

Após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004⁷³ – a conhecida “Reforma do Judiciário” – e, principalmente, após o julgado do Recurso Extraordinário 466.343 pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁴ surgiu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do controle de convencionalidade. Consagrado na França⁷⁵ e disseminado no Brasil através da doutrina de Valério Mazzuoli⁷⁶, o controle de convencionalidade, de modo bastante sintetizado, retirou da Constituição Federal sua exclusividade como parâmetro de checagem de compatibilidade das normas internas, tendo agora também as convenções internacionais de direitos humanos sido alçadas a este patamar. Desta forma, pode-se falar na existência de um “duplo controle de compatibilidade vertical material”⁷⁷.

No contexto do sistema interamericano podemos enxergar um controle de convencionalidade de matriz internacional e outro de matriz nacional⁷⁸. O primeiro é exercido pela própria Corte, dando a palavra última⁷⁹ sobre se quaisquer normas internas estão ou não em descompasso com a Convenção Americana ou outros tratados que

Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.”

72 RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 349.

73 MAZZUOLI, Valério. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, a. 46, n. 181, jan./mar. 2009.2009, p. 114.

74 PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 143.

75 RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 386.

76 SARLET, Ingo Wolfgang. *Controle de convencionalidade dos tratados internacionais*. São Paulo: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.2015b.

77 MAZZUOLI, Valério. *Op. cit.*, p.122.

78 RAMOS, André de Carvalho. *loc. cit.*

79 Este foi o entendimento defendido pelo juiz *ad hoc* indicado pelo Brasil, Roberto Caldas, para o Caso *Gomes Lund*. *Ibid.*, *loc. cit.*

integrem o sistema e dos quais os Estados sejam partes. Segundo sua jurisprudência, os Estados que reconheceram sua jurisdição estão vinculados ao controle efetuado pela mesma⁸⁰. Não estando adstrita às hierarquias internas, a Corte pode julgar, inclusive, a incompatibilidade de normas constitucionais⁸¹. O controle de matriz nacional é aquele exercido de modo difuso por todos os juízes de um país⁸².

Possivelmente o caso mais emblemático, para o Brasil, de um controle de convencionalidade efetuado pela Corte é o exercido no Caso *Gomes Lund e outros vs Brasil*, sobre desaparecimento de membros da Guerrilha do Araguaia. Em decisão de novembro de 2010, decretou que a famigerada Lei de Anistia⁸³ é incompatível com a Convenção Americana. Em sentido oposto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153 entendeu pela recepção da lei pela Constituição Federal. Seguindo a lógica do duplo controle, a aplicabilidade da lei deveria ser afastada⁸⁴. Não por acaso, este foi o posicionamento da Procuradoria-Geral da República em nova ADPF apresentada⁸⁵.

No entanto, esta decisão não produziu quaisquer efeitos no ordenamento jurídico interno, e a Lei de Anistia continua em validade. Como um todo, a jurisprudência da Corte continua sendo de minúscula utilização⁸⁶, chegando Virgílio Afonso da Silva a opinar que “a jurisprudência da Corte Interamericana não tem ressonância nas decisões dos tribunais nacionais”⁸⁷.

Apesar desse quadro, *a priori*, negativo, há iniciativas por parte de setores do Judiciário brasileiro para dar mais destaque à jurisprudência da Corte. Pode ser citada a recomendação emitida pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo orientando seus defensores a atuar pela absolvição daqueles acusados pelo crime de desacato⁸⁸ após manifestações da Corte pela incompatibilidade deste delito com a garantia da liberdade

80 Este foi o entendimento firmado após os julgados nos Casos *Almonacid vs Chile* e *Aguado vs Peru*. CARVALHAL, Ana Paula. Corte Interamericana decide pela vinculação de sua jurisprudência. São Paulo: Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-27/observatorio-constitucional-corte-interamericana-decide-vinculacao-jurisprudencia>>.

Acesso em 15 de agosto de 2015

81 Ibid., loc. cit.

82 Ibid., loc. cit.

83 Lei n. 6.683/79.

84 DILLY PATRUS, Rafael. Descumprimento da sentença da Corte Interamericana viola Constituição. São Paulo: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-27/rafael-patrus-descumprir-corte-interamericana-violaf>>.

Acesso em 15 de agosto de 2015.

85 ADPF 320, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), alegando que o não cumprimento pelo Brasil da sentença da Corte Interamericana no Caso *Gomes Lund* estaria a ferir certos dispositivos constitucionais. Ibid., loc. cit.

86 CARVALHAL, Ana Paula. loc. cit.

87 SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul, 2010 apud CARVALHAL, Ana Paula. Corte Interamericana decide pela vinculação de sua jurisprudência. São Paulo: Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-27/observatorio-constitucional-corte-interamericana-decide-vinculacao-jurisprudencia>>.

Acesso em 15 de agosto de 2015.

88 Recomendação nº 02/2015 da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Pode ser conferida no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, p. 14, em: <cdn.dio.es.gov.br/portal/edicoes/download/3119>.

de expressão contida no artigo 13 da Convenção⁸⁹. É digna de lembrança também a parceria firmada pelo Conselho Nacional de Justiça com a Comissão Interamericana para difundir a jurisprudência da Corte entre os magistrados brasileiros⁹⁰. Um exemplo recente de grande repercussão tem sido a busca pela implementação da audiência de custódia⁹¹. Por fim, vale citar também a atuação recente do Ministério Público Federal de proporcionar uma reanálise quanto a constitucionalidade / convencionalidade da Lei de Anistia⁹².

4.3 Condenações pela Corte e recomendações da Comissão

A maior parte dos casos levados à Comissão envolvendo violações praticadas no Brasil diz respeito a violência por parte da polícia militar brasileira⁹³. Há também inúmeros casos tratando de violações contra populações indígenas, violência rural, práticas de tortura durante a ditadura militar, e outros⁹⁴.

Em consideráveis aspectos, as recomendações da Comissão geraram bons frutos no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns bons exemplos foram as adoções das Leis nºs 9.140/95 e 9.299/96, as quais preveem indenização aos familiares de desaparecidos e mortos do período ditatorial brasileiro e transferiu a competência de julgar crimes dolosos contra a vida praticados por militares da Justiça Militar para a Comum, respectivamente⁹⁵.

Talvez o fato que melhor demonstre isso tenha sido a reação ao Caso *Maria da Penha Maia Fernandes*. Após a reprimenda da Comissão, a qual entendeu que havia no país um estado de negligência no que tange o combate à violência doméstica e ter descumprido deveres assumidos com a ratificação da Convenção de Belém do Pará, o Brasil adotou a Lei nº 11.340/06, ou como ficou popularmente conhecida, a “Lei Maria da Penha”, a qual trouxe novos mecanismos que visam dar maior proteção às mulheres⁹⁶.

89 MARTINS, Eduardo Almendra. Crime de desacato pode ser considerado atípico mesmo sem mudança legislativa. São Paulo: Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-05/eduardo-martins-crime-desacato-considerado-atipico>>. Acesso em 15 de agosto de 2015

90 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62420-parceria-com-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-busca-divulgar-jurisprudencia-internacional-a-magistrados>>.

91 LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1). São Paulo: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

92 CARVALHAL, Ana Paula. Loc. cit.

93 PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência brasileira, 2012, p. 147.

94 Flavia Piovesan divide os casos levados à Comissão em oito categorias, acrescentando-se às mencionadas acima ainda as violações contra os direitos das crianças e adolescentes, a discriminação racial, a violência contra a mulher e também contra defensores dos direitos humanos. Op.cit., 2014, p. 416.

95 Oo. cit, 2012, p. 148.

96 PIOVESAN, Flávia. Op. cit., 2014, p. 433.

Em outros feitos, porém, não foi amistosa a recepção por parte do Brasil das decisões oriundas da Comissão. Um exemplo foi o caso envolvendo a usina de Belo Monte. A Comissão emitiu uma medida cautelar⁹⁷, visando proteger os direitos dos povos indígenas, solicitando que fossem suspensas as obras de instalação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. O Brasil, porém, considerou a medida cautelar inconveniente e precipitada, se recusando a cumpri-la, o que abalou profundamente as relações entre os órgãos do sistema interamericano e o Estado brasileiro.

Após esses eventos houve, por parte do Brasil, uma forte repressão e a criação de um embate com a Comissão. As atitudes tomadas pelo país que tiveram um grande impacto internacional foram, principalmente, a retirada do representante brasileiro na Corte e o corte das verbas que seriam repassadas a mesma⁹⁸.

No que se refere às condenações impostas pela Corte Interamericana, o Brasil tem, no geral, se comprometido com as obrigações pecuniárias decorrentes das sentenças. Quanto às outras obrigações impostas, a eficácia não tem sido a mesma.

A primeira condenação foi após o Caso *Damião Ximenes Lopes vs Brasil*, envolvendo maus tratos a um idoso deficiente mental no Ceará. O Brasil pagou a indenização imposta de 146 mil dólares espontaneamente. Em relação aos deveres de proceder com a investigação adequada do caso e a respectiva punição dos culpados, o Brasil não cumpriu com suas obrigações⁹⁹.

Em outro caso emblemático, o anteriormente citado Caso *Gomes Lund e outros vs Brasil*, o país foi responsabilizado pelas vítimas na Guerrilha do Araguaia, sendo condenado a investigar e punir os responsáveis além de ressaltar entendimento, como supracitado, que leis de anistia não podem servir como óbice – sob os direitos garantidos pela Convenção Americana – para a punição dos agentes dos regimes repressivos latino-americanos¹⁰⁰.

Quando não respeita as condenações da Corte, a mesma informa à Assembleia Geral da OEA através de seu relatório anual. No entanto, na prática da organização, o órgão nada tem feito para melhorar este quadro¹⁰¹, de modo que avanços na eficácia das sentenças da Corte Interamericana como um todo dependem ainda de maior iniciativa legislativa interna.

97 MC 382/10 – Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil.

98 Notícia da Folha de São Paulo disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me3004201117.htm>>.

99 MAZZUOLI, Valério. Op.cit, p. 995.

100 PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 444-445.

101 MAZZUOLI, Valério. Op. cit., p. 996.

5. CONCLUSÃO

A partir do estudo acerca dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos, é possível perceber a presença de uma estrutura complexa na busca da proteção dos direitos humanos. A divisão de funções para conscientizar as nações acerca dos direitos, fazer recomendações aos Estados-membros e exercer jurisdição constitui importante papel para, cada vez mais, fazer valer o ordenamento pautado na dignidade da pessoa humana.

No entanto, o consenso ainda encontra obstáculos. Permanece a necessidade de dar maior eficácia aos direitos enunciados e, da mesma forma, ao cumprimento das decisões emanadas da Corte. Dos inúmeros casos envolvendo o Brasil levados à Comissão¹⁰² e dos poucos levados à Corte¹⁰³ é possível retirar algumas conclusões. Apesar de recomendações terem provocado alguns avanços na produção de leis e atos normativos, ocasionalmente o “Diálogo das Cortes”¹⁰⁴ não resta muito frutífero e, vez ou outra, chega a ficar estremecido.

Desta forma, resta inequívoco o potencial que o sistema interamericano de direitos fornece para uma melhor proteção dos direitos em nosso hemisfério. Passos e até algumas conquistas foram alcançadas. No entanto, ainda é necessário maior amadurecimento do mesmo, com o fortalecimento de suas instituições e maior conhecimento sobre seus mecanismos para que seja dada plena eficácia aos documentos de proteção interamericanos.

6. BIBLIOGRAFIA

BUERGENTHAL, Thomas. The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights, 2003, In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHAL, Ana Paula. **Corte Interamericana decide pela vinculação de sua jurisprudência**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-27/observatorio-constitucional-corte-interamericana-decide-vinculacao-jurisprudencia>>. Acesso em 15 de agosto de 2015

102 Foram 98 casos até 2008. PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, 2014, p. 415.

103 Até julho de 2012 foram 9 casos. *Ibid.*, p. 443.

104 RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 389.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Parceria com Comissão Interamericana de Direitos Humanos busca difundir jurisprudência internacional.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62420-parceria-com-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-busca-divulgar-jurisprudencia-internacional-a-magistrados>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

DILLY PATRUS, Rafael. **Descumprimento da sentença da Corte Interamericana viola Constituição.** São Paulo: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-27/rafael-patrus-descumprir-corte-interamericana-viola-cf>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

ESPÍRITO SANTO. Diário Oficial. Vitória, 29 de abril de 2015. Disponível em: <<cdn.dio.es.gov.br/portal/edicoes/download/3119>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latino-americanas, In: SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL (Org.). **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.** Brasília, v. 46, n. 84/86, dez. 1992/maio 1993.

_____. **Protección jurídica de los derechos humanos.** México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

HEYNS, Christof; VILJOEN, Frans. South African journal on human rights, 1999, In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1).** São Paulo: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

MARTINS, Eduardo Almendra. **Crime de desacato pode ser considerado atípico mesmo sem mudança legislativa.** São Paulo: Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-05/eduardo-martins-crime-desacato-considerado-atipico>>. Acesso em 15 de agosto de 2015

MAZZUOLI, Valério. **Curso de direito internacional público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro, In: SENADO FEDERAL (Org.). **Revista de informação legislativa.** Brasília, a. 46, n. 181, jan./mar. 2009.

MUNHOZ, Sidnei J. Ecos da emergência da Guerra Fria no Brasil (1947-1953), In: DHI/UEM (Org.). **Diálogos,** v. 6, 2002.

NERY, Natuza. Dilma retalia OEA por Belo Monte e suspende recursos. **Folha de S. Paulo,** São Paulo, 30 de abril de 2011. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me3004201117.htm>>. Acesso em 16 de agosto de 2015.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>>. Acesso em 9 de agosto de 2015.

_____. **Estatuto da Corte IDH**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em 9 de agosto de 2015.

_____. **I/A Court History**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/about-us/historia-de-la-corteidh>>. Acesso em 9 de agosto de 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência brasileira**, In: ALVARADO, Paola Andrea Acosta; POBLETE, Manuel Núñez (Org.). **El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012b.

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012a.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

_____. **Controle de convencionalidade dos tratados internacionais**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**, 2010, In: CARVALHAL, Ana Paula. **Corte Interamericana decide pela vinculação de sua jurisprudência**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-27/observatorio-constitucional-corte-interamericana-decide-vinculacao-jurisprudencia>>. Acesso em 15 de agosto de 2015

SMITH, Rhona K. M. **Textbook on international human rights**, 2003, In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STEINER, Henry. **Regional arrangements: general introduction**, 1994, In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BREVE PANORAMA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

A BRIEF OVERVIEW OF TRANSITIONAL JUSTICE

FERNANDA TELHA FERREIRA DE CASTRO¹

RESUMO: O presente trabalho tem como foco principal apresentar um breve panorama dos processos de justiça de transição, no contexto de mudanças políticas de diferentes países. Pretende-se pensar sobre o modo como estes países agiram em relação ao passado marcado de graves violações de direitos. Reflete-se a respeito dos diferentes processos e, também, que os governos pós-ditaduras, como na América Latina, conformaram as transições para democracia, orientados em razões estratégicas específicas em cada país. Busca-se também mostrar que não há uma receita “universalmente aplicável” em matéria de justiça de transição, e que cada processo é singular em virtude das questões intrínsecas à história de cada país. Nesse sentido, vê-se que a justiça de transição é um tema extremamente rico, uma vez que é composto por contornos tão complexos.

PALAVRA-CHAVE: justiça de transição, cone sul, países latino-americanos.

ABSTRACT: The main objective of this paper is to present a brief overview of transitional justice in the context of political changes in different countries. The intention is to think about how these countries have acted in relation to the past marked by serious violations of rights. It reflects on the different processes and also that post-dictatorship governments, such as in Latin America, have shaped transitions to democracy, geared to specific strategic reasons in each country. It also seeks to show that there is no "universally applicable" prescription for transitional justice, and that each case is unique because of the issues inherent in the history of each country. In this sense, it is seen that transitional justice is an extremely rich topic, since it is composed of such complex contours.

KEYWORD: transition justice, Latin American countries.

¹ Doutoranda em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

1. INTRODUÇÃO

Por Justiça de Transição é possível descrever, de forma ampla, e antecipar de maneira breve que esse termo remete ao “esforço para construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos”¹

Outra maneira de entendê-lo é também como “um modo popular de caracterizar respostas a abusos do passado que ocorreram no contexto de mudança política, com esforços para disfarçar um novo regime das práticas do regime anterior”². Ou ainda, segundo Ruti Teitel³,

pode ser definida como a concepção de justiça associada com períodos de mudança política, caracterizada por respostas legais para confrontar as irregularidades cometidas pelos regimes repressivos antecessores.⁴ (tradução nossa)

Assim, adentrar o campo da Justiça de Transição significa abrir espaço à reflexão sobre a maneira como sociedades afetadas por uma história de repressão pretérita enfrentaram seus passados de graves violações aos direitos humanos. Dessas sociedades, destacam-se aquelas que passaram por transições advindas de três processos: a) de restauração democrática; b) transição marcada de um longo período de autoritarismo; e c) transição pós-totalitarismo⁵.

Marcados pela transição de regimes autoritários para democracia, sejam elas transições que abrangem eventos situados no pós-II Guerra mundial, ou as transições pós-coloniais enfrentadas por países africanos e asiáticos, e mais, as transições dos regimes autoritários no Cone Sul, até ainda transições dos países que faziam parte do antigo bloco soviético, e outros diferentes processos, apresentaram-se como um campo fértil e cheio de peculiaridades, naquilo que diz respeito à maneira como trataram seus passados de violência.

¹ ZYL, Paul Van. 2005. Promovendo A Justiça Transicional Em Sociedades Pós-Conflito. In: REÁTEGUI, Félix (Org.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011. p. 32.

² P.112 apud MEZAROBBA, Glenda. **De que se Fala, quando se diz "Justiça de Transição"?** BIB. São Paulo, jan. 2009, p. 112.

³ No original: “can be defined as the conception of justice associated with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes”. (Teitel, 2003, p. 69)

⁴ TEITEL, Ruti. **Transitional Justice Genealogy**. *Harvard Human Rights Journal*. jan. 2003, p. 69.

⁵ TUCKER, 1999 apud JARDIM, 2006, p. 2.

Concebendo que tais regimes produziram enormes violações à dignidade humana, refletimos na esteira da Justiça de Transição como os Estados agiram com justiça em resposta a estas violações. Questiona-se se foram tomadas medidas que enfrentassem os crimes de violência e quais as razões que justificariam terem sido ou não tomadas providências a respeito delas ⁶.

Importante elucidar que a Justiça de Transição, como campo teórico, com desenvolvimento incipiente no início da década de 1990, tem sido interpelado pela reflexão sobre os conceitos de *justiça, memória, violência e política*⁷, que fazem parte de estudos de campos distintos, e que ultrapassam os limites dos processos históricos da justiça de transição. As primeiras questões levantadas sobre este tema, como será observado, compreendem a constatação da necessidade de ser feito algo sobre as injustiças históricas deixadas pelos governos repressivos, e depois passa a envolver-se na realidade objetiva sobre a necessidade de repará-las.

Nos quadros de mudança de regimes, os novos governantes se esbarram com um antigo problema, que sempre constituiu as mudanças estruturais de governos: a questão do que fazer a respeito da herança de violência deixada pelos regimes repressivos. Como José María Gómez⁸ afirma, seria o antigo problema do “virar a página?” ou “acertar as contas?”. Essencialmente, essas perguntas se inscrevem nos estudos da Justiça de Transição.

Em primeiro lugar, tem-se o “virar a página” associado a um modelo moderno de esquecimento das graves violações em prol do progresso com suas “vítimas necessárias”. Esta maneira de lidar com o passado, é constituída pelos pactos entre os antigos governos violentos com os novos governantes. Isso porque o primeiro estaria vinculado ao objetivo de manter a impunidade e ocultação sobre os crimes cometidos, e os novos governantes estariam associados ao objetivo da estabilização do novo governo, no sentido de evitar a eclosão de conflitos advindos da abertura da “caixa de pandora” das memórias que liberaria a verdade sobre os horrores passados e que, portanto poderia provocar reações políticas imprevisíveis.

⁶ JARDIM, 2006, p: Compreendida como uma constelação de possibilidades para análises, as transições das sociedades que emergiram dessas violações, passaram a ser objeto de estudos variados, despertando uma conjuntura de interrogações que se desdobraram em correntes de reflexões a respeito de elementos como: as condições para que se ocorressem as transições políticas; as condições para que houvesse a consolidação democrática dos países com herança autoritária, etc. – respeitadas as especificidades da transição de cada país, bem como os diferentes resultados alcançados.

⁷ Zamora, 2013, p.28: “a imbricação entre violência, direito e política é uma evidência empírica dificilmente negável”.

⁸ GÓMEZ, José María. A justiça transicional e o imprevisível jogo entre a política, a memória e a justiça. **Re-vista: Verdade Justiça Memória**. Rio de Janeiro, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.revistavjm.com.br/artigos/a-justica-transicional-e-o-imprevisivel-jogo-entre-a-politica-a-memoria-e-a-justica/>>. Acesso em: 16 out. 2014.

Por sua vez, o “acertar as contas” está envolvido com a concepção imprescindível de memória acerca das violações produzidas pelos Estados, e, sobretudo, com uma concepção de memória a ser usada como forma de conhecimento sobre a verdade vinculada às vítimas que vivenciaram as experiências das injustiças, da violência, e da negação a sua alteridade⁹.

Sobre esses dois tipos de iniciativas (revelados na ação de reagir à violência do regime ou ignorá-la pelo regime sucessor), o sentimento de ser necessário responder aos abusos e também sobre a obrigação de esquecer o ocorrido, podem ser visualizados como algo antigo, sendo evidenciados já na democracia clássica ateniense quando primeiro houve reação à violência oligárquica no retorno dos democratas para Atenas – em 411 a.C., o caso da punição dos Trinta Tiranos, seguida de uma anistia com a promessa por parte dos cidadãos de esquecerem as desventuras vivenciadas, 403 a.C.¹⁰⁻¹¹

Na modernidade, sua origem está relacionada à Primeira e a Segunda Guerra Mundial, e seu desenvolvimento conecta-se aos movimentos transicionais dos anos 80¹². Desse modo, focada especialmente nas diversas formas de lidar com o passado repressivo, advindo dos processos de transição política recém-ocorridos, na década de 1980 a justiça de transição discursava sobre dois caminhos – o da punição ou o do perdão – e estando em observação ao longo dos anos, ensejaram a abertura de novas reflexões. Naquele tempo o problema maior contornava a necessidade de lidar com o fato de haver um passado ruidoso, e menos com o sofrimento vivenciado por aqueles que sofreram as violações propriamente.

A novidade, portanto, não estaria na reflexão sobre “fazer algo ou não”, uma vez que esta tendência se observa através da história¹³. Mas sim, estaria na reflexão crítica sobre a

⁹ ZAMORA, 2013, p. 25.

¹⁰ ELSTER, 2006, 2014; LORAUX, 2005 *apud* GÓMEZ, José María. A justiça transicional e o imprevisível jogo entre a política, a memória e a justiça. **Re-vista: Verdade Justiça Memória**. Rio de Janeiro, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.revistavjm.com.br/artigos/a-justica-transicional-e-o-imprevisivel-jogo-entre-a-politica-a-memoria-e-a-justica/>>. Acesso em: 16 out. 2014.

¹¹ A referência sobre estes episódios não configura nenhuma pretensão de fazer uma análise histórica dessas iniciativas. Esses casos encontram-se aqui citados porque os compreendi como dignos de nota, já que também foram lembrados nos trabalhos de Reyes Mate (2008, pp. 18-19), GÓMEZ, José María. *Op. cit.*, n.p., TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. New York: Oxford University Press, 2000, p.58, MEZAROBBA, Glenda. **De que se Fala, quando se diz "Justiça de Transição"?** BIB. São Paulo, jan. 2009, p. 113.

¹² TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. New York: Oxford University Press, 2000.

¹³ GÓMEZ, José María. A justiça transicional e o imprevisível jogo entre a política, a memória e a justiça. **Re-vista: Verdade Justiça Memória**. Rio de Janeiro, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.revistavjm.com.br/artigos/a-justica-transicional-e-o-imprevisivel-jogo-entre-a-politica-a-memoria-e-a-justica/>>. Acesso em: 16 out. 2014.

significação desta atitude, dados os jogos de forças políticas que permitiam ou dificultariam sua efetividade.

Mais novo ainda se torna a vinculação do conceito de memória à concepção de justiça – isto é, que justo passa a ser a lembrança das experiências de injustiça vivenciadas pelas vítimas e, portanto, a movimentação do estado no sentido de repará-las – e das relações firmadas entre “violência, política, memória e justiça”¹⁴, que enriquecem e ampliam o escopo da reflexão sobre a justiça de transição.

Coloca-se criticamente em destaque a tradição do pensamento moderno, que se orienta por uma “marcha triunfal do Progresso, da Civilização, da Humanidade, da História Universal”¹⁵. Por esta tradição é possível observar a invisibilidade das vítimas produzidas pelos processos – “formação e expansão dos Estados, do capitalismo e do colonialismo europeu” – engendrados nesta tradição, cuja ideia central é que para avançar seriam inevitáveis algumas vítimas, um sacrifício necessário ao progresso. Consequentemente, banhos de sangue ocasionados pelas guerras, que apesar de trazerem alguma perplexidade, continuavam a ter justificação nos preceitos modernos de coesão da sociedade e autoridade moral do Estado.

Apesar disso, sempre houve grupos – resistentes por assim dizer – que não quiseram (ou puderam) esquecer-se das injustiças ocorridas, vindicando que algo fosse feito frente às violações ocorridas. Isso posto, aqui se identifica a existência de um fio que conduz a relação com a memória e sua natureza eminentemente política, pois é por meio dela que se rompe com a lógica linear de fatos, transportando a experiência de injustiça sofrida do passado para o contemporâneo, com o objetivo de causar transformações, de contaminar o presente com fragmentos da verdade contidas dentro das experiências de injustas, costumeiramente não reveladas, trazendo à lume questionamentos sobre versões oficiais e hegemônicas, com provocações acerca de sua veracidade.

2. FASES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Levando-se em conta um maior afastamento temporal do conceito, concebendo *continuidade e descontinuidade, deslocamento, inovação e ruptura*¹⁶, o conceito de justiça de

¹⁴ GÓMEZ, José María. *Op. cit.*

¹⁵ GÓMEZ, José María. *Op. cit.*

¹⁶ TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. New York: Oxford University Press, 2000.

transição, carrega importantes precedentes de especial importância para sua compreensão dentro do cenário internacional onde passou a figurar.

Para Ruti Teitel¹⁷, a quem se atribui a autoria do termo “justiça de transição”¹⁸, tendo por marco o fim da II Guerra Mundial, é possível identificar três fases distintas que estariam relacionados a três momentos, respectivamente. O primeiro deles é o momento posterior a Segunda Guerra Mundial, destacado também pelos julgamentos de Nuremberg e Tóquio, visto que, a despeito de sua seletividade e de ser um tribunal dos “vencedores contra vencidos”, trouxe precedentes jurídicos de enfrentamento às violações sofridas na barbárie do holocausto. Em um segundo momento, temos as transições dos regimes repressivos na América Latina para a democracia, bem como o declínio soviético no fim da década de 80. E em terceiro lugar, outra fase possível de ser identificada com respeito ao conceito da justiça de transição, seria a de uma “normalização e globalização do paradigma de justiça de transição, que compreenderia o final do século XX, até os nossos dias, com um consenso em torno da necessidade de se lidar com o passado”¹⁹⁻²⁰.

2.1 Pós Segunda Guerra

Com o forte relato dos sobreviventes dos campos de concentração alemães, ao término da Segunda Guerra mundial, tornou-se necessário definir as bases – normativas e institucionais – da nova ordem internacional, devido as fortes pressões em resposta à comoção causada por tais relatos. Algo tinha de ser feito, vez que tal era o impacto das histórias que remontavam os sofrimentos vividos, tornando, assim, evidentes as fortes violações sofridas. Dentro desse contexto, foi instalado o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg²¹, que objetivava o julgamento dos militares que fizeram parte das corporações a serviço das potências vencidas²².

17

¹⁸ De acordo com MACDOWELL, Cecília. Memória na Justiça: A mobilização dos direitos humanos e a construção da memória da ditadura no Brasil. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, jan. 2010, p. 4: “O termo *transitional justice* (justiça de transição) foi cunhado pela professora de direito Ruti Teitel em 1991, referindo-se aos processos de transformação política e jurídica nos contextos de transições para as “novas democracias” na América Latina e na Europa do Leste.

¹⁹ MACDOWELL, Cecília. Memória na Justiça: A mobilização dos direitos humanos e a construção da memória da ditadura no Brasil. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, p. 127-154. jan. 2010. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/1719>>. Acesso em: 28 out. 2014.

²⁰ Adiante farei alguns apontamentos sobre cada um desses períodos, com a descrição das características próprias para cada etapa em particular.

²¹ Como afirma Tatiana Sigal a respeito do assunto: “A instauração do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg somente foi possível devido ao processo de internacionalização dos Direitos Humanos, através do qual a figura do indivíduo tornou-se um pilar essencial do Direito Internacional. Assim, em face às graves atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, o Tribunal de Nuremberg foi instaurado para punir os criminosos de guerra nazistas, seguindo as bases de seu Estatuto.” Ver mais em “Tribunal de Nuremberg: os antecedentes e o legado” – Sigal, Tatiana, 2013.

²² “As origens da história moderna da justiça de transição podem ser encontradas na Primeira Guerra Mundial, embora ela passe a ser entendida como “extraordinária e internacional” (TEITEL, Ruti. *Transitional Justice Genealogy*. *Harvard Human Rights Journal*. p. 69-94. jan. 2003, , p. 69) somente no pós Segunda Guerra, com a derrota da Alemanha, Itália e Japão em 1945, e a conseqüente instalação do tribunal de Nuremberg (ainda que não exista unanimidade em torno da pertinência de classificar o tribunal como uma forma de justiça de transição, os julgamentos por ele desenvolvidos tiveram profundo impacto na estruturação das práticas de justiça de transição que se seguiram), o desenvolvimento de programas de desnazificação, na Alemanha, e na elaboração de legislação para compensar as vítimas do nazismo, (...)

Apesar das limitações internas apresentadas por esse Tribunal, isto é, a despeito de ter sido instalada uma “justiça dos vencedores”, não há como ignorar, sua importante contribuição, como um evento inaugural dentro dos direitos humanos, considerando, no âmbito de sua lógica fundamental, que estava incluído em seu bojo o enfrentamento das violações causadas (o “fazer algo a respeito”) em contraste com um tempo que tentava sepultar a categoria da violência, e buscava esquecer a existência dos males causados.

Portanto, Nuremberg foi um marco para o Direito Internacional dos direitos humanos²³, com vislumbres de jurisdição com pretensão universal²⁴, contribuindo relevantemente para um desenvolvimento transformador dos direitos humanos na realidade pós-1945, quando se estabelecia uma nova ordem internacional.

Como dissemos, apesar de estabelecer uma “justiça dos vencedores” – permeada de irregularidades, contradições, e particularidades – vale ainda destacar que, pela primeira vez, militares de um Estado eram julgados por crimes contra humanidade, e por meio de um tribunal internacional. Assim, apesar de neste momento as vítimas não se encontrarem, propriamente dentro das demandas de justiça, este Tribunal inaugurou um novo paradigma ao “tipificar novos delitos, a exemplo de crimes contra a paz e crimes contra a humanidade”²⁵. Em decorrência desse episódio, uma série de princípios de justiça internacional ficou registrada²⁶.

2.2 Pós-Guerra Fria

Cite-se também a segunda fase da justiça de transição, compreendida pela realidade pós-guerra Fria (ano de 1989) com a decadência da potência socialista soviética, e ao mesmo tempo marcada pelos processos de democratização em países Latino-americanos, Africanos, e do Leste Europeu. Nesse contexto, se observa uma noção de justiça inscrita na busca pela reconstrução nacional com uma perspectiva localista²⁷. Adiante, serão abordados alguns casos emblemáticos, já que este período é permeado de conflitos que constituem o alavancamento dos estudos sobre a justiça de transição.

Mecanismos de justiça de transição também foram adotados em países que estiveram sob a ocupação alemã durante a guerra (...) ‘Essa fase reflete o triunfo da justiça de transição dentro do esquema da legislação internacional’, avalia Teitel (...)’ (MEZAROBBA, Glenda. **De que se fala, quando se diz “Justiça de Transição”?** BIB. São Paulo, jan. 2009, p. 113).

²³ Como afirma Tarcísio Dal Maso Jardim, “Não podemos esquecer que os princípios de Nuremberg foram transformados em resolução pela Assembléia Geral da ONU (res. 95 – I, de 11 de dezembro de 1946)”. (Jardim, 2006, p.7)

²⁴ TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. New York: Oxford University Press, 2000, p. 31

²⁵ ZAGO, 2013, p.7.

²⁶ GÓMEZ, José María. Justiça Transicional, humanitarismo compassivo e ordem global liberal pós-guerra fria. In: ASSY, Bethania et al (Org.). **Direitos Humanos: justiça, verdade e memória**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 265.

²⁷ JARDIM, 2006, p. 5

Considerando estes estudos foi inaugurado um horizonte crítico para análise de tais processos de transição, especialmente no campo das ciências políticas e no direito²⁸, com o objetivo de construir saberes em torno das questões sobre quais os jogos de poder que se estabeleceram na política desses países à época de seus governos repressores. Desse modo, eram levadas em conta as condições que se apresentavam como pano de fundo para o recuo dos autoritarismos e também das brechas favoráveis ao raiar democrático.

Destacando as violações de direitos humanos sofridas por esses países durante governos sangrentos²⁹, a impactante quantidade de mortos, feridos e desaparecidos políticos – comuns aos regimes de caráter repressivo, e de conhecimento geral – passa a ser incluída ao escopo crítico que então a figurava nos estudos sobre o assunto. Assim, quando da análise desses processos, a expressão Justiça de Transição começou a ter incipiente relevância, em alusão emergente necessidade de justiça nos contextos de término de conflitos ou para onde se buscava alcançar a democracia como resposta aos governos ditatoriais sombrios.

Esta expressão se difundiu em uma série de questões, que não se esgotaram até hoje, a respeito da maneira como as sociedades encaram tais acontecimentos drásticos como as graves violações de direitos humanos³⁰, e como se constroem no presente e para o futuro – entendendo que “fazer justiça e pensar medidas de justiça num contexto de mudanças políticas é olhar para o passado, mas também para o futuro”³¹.

Outra marca que pode ser elucidada sobre esse período para a justiça de transição, é que as transições no Cone Sul refletem que estes Estados vivenciaram suas transições políticas partindo não da concepção internacionalizada de julgamentos, como Nuremberg e Tóquio, pois elas questionam esse modelo. Mas, de outro modo, optam por vivenciar a experiência do acerto de contas no âmbito doméstico, abrindo novas possibilidades à justiça de transição, até então não avistadas nos horizontes nacionais.³²

Por isso, enquanto na primeira fase a concepção de justiça centrava-se em um aspecto retributivo, a segunda fase expandiu-se em seus propósitos, de tal maneira que é possível

²⁸ QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição**: Contornos do conceito. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013, p. 154.

²⁹ “(...) mais terríveis na organização de políticas repressivas, deixaram em seus respectivos países um legado atroz de assassinatos e massacres, desaparecimentos forçados e diversas formas de tortura (...) Não se deve excluir deste inventário de práticas abusivas, institucionalmente desenvolvidas e amplamente impunes, o exílio forçado e a prisão arbitrária, nem mesmo a violência sexual exercida fortemente contra as mulheres”. (REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 37)

³⁰ “(...) esta pergunta leva a outra que explora a questão da relação do tratamento do passado do Estado para o seu futuro. Como a compreensão social por trás de um novo regime está comprometida com o estado de direito criado?” (TEITEL, Ruti. **Transitional Justice**. New York: Oxford University Press, 2000, p. 3, tradução nossa) No original: “(...) this question leads to other that explore the question of the relation of the treatment of the state’s past to its future. How is the social understanding behind a new regime committed to the rule of law created?” (Teitel, 2000, p. 3)

³¹ TEITEL, Ruti. Fazer justiça e pensar medidas de justiça num contexto de mudança política é olhar para o passado mas também para o futuro: Ruti G. Teitel responde. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, v. 3, n. 3, jan. 2010, p. 36.

³² Na parte I (Justiça de Transição em Hispano-América), pp. 13-205, do livro “Justiça de Transição. Das anistias às comissões da verdade”, tal assunto é aprofundado.

observar um distanciamento maior das formas tradicionais de prestação de contas, e ao mesmo tempo, fica marcada a proximidade de uma perspectiva de reconstrução nacional, com a adoção de um modelo restaurativo, em substituição ao modelo anterior de retribuição.

Esse formato pátrio escolhido pelos países latino-americanos para enfrentar as violações pretéritas, abre para justiça de transição um novo campo de reflexão, qual seja o de perceber que nas conjunturas locais o justo passa a depender da singularidade da experiência política transicional, país a país.

Em que se pesem os esforços de situar no tempo a justiça de transição, é no século XX, que o conceito passa a receber reconhecimento na política internacional³³, sendo usado dentro de um contexto reflexivo acerca das respostas políticas e jurídicas de uma sociedade fragmentada e em transição de um cenário de guerras para paz, e/ou de regimes repressivos a democracias liberais. Tais transições configuram o segundo precedente ao conceito de Justiça de Transição, e carregam forte sentido didático, já que o seu ineditismo àquela época, provocava no cenário internacional novas noções a respeito de como poderiam ocorrer diferentes formas de “prestação de contas”³⁴.

2.3 Fim do século XX até os dias atuais

Ruti Teitel pontua que esta fase está associada aos conflitos existentes em uma conjuntura de instabilidade política de Estados fracos, em conflitos permanentes, ou pequenos conflitos – e que possuem como característica principal a normalização da violência, dado seu uso permanente e contínuo³⁵.

Em função disso, essa fase estaria associada aos conflitos contemporâneos, e a reflexão sobre a persistência das guerras no nosso tempo, também constituindo uma fase de normalização da Justiça de Transição. Isso significa que, frente a um cenário fragmentado, com a persistência dos conflitos, a justiça de transição deixa sua posição de exceção, constituindo a partir de agora a regra³⁶. Em outras palavras, a Justiça de Transição passa a ganhar peso e se

³³ GÓMEZ, José María. Justiça Transicional, humanitarismo compassivo e ordem global liberal pós-guerra fria. In: ASSY, Bethania et al (Org.). **Direitos Humanos: justiça, verdade e memória**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 262.

³⁴ A respeito do conceito de Justiça de Transição, Gómez (2014, n.p.) afirma: “aí radica a origem imediata e decisiva da noção, pois a partir dessas situações que se forjaram a ideia subliminar e o termo de “justiça de transição” ou “transicional”, inventaram-se mecanismos específicos (comissões da verdade, programas de reparação), e se multiplicaram as análises acadêmicas, sobre as condições sócio-históricas, dinâmicas políticas e consequências das medidas de justiça transicional adotadas por Estados particulares, bem como sua influência e difusão horizontal (de país a país) e vertical (de baixo para cima e de cima para baixo, em escala regional e global).”

³⁵ JARDIM, 2006, p. 5; TEITEL, 2005 *apud* CORRÊA, 2013, p. 27

³⁶ TEITEL, 2005 *apud* CORRÊA, 2013, p. 27

expande pelo plano internacional, fortalecida pelo discurso humanitário³⁷. A respeito disso, Quinalha³⁸ explica:

a terceira e atual fase emerge no fim do séc. XX, associada à globalização e marcada por uma normalização do paradigma da justiça de transição, que deixa de ser exceção e passa a ser regra geral, amplamente adotada no plano internacional e definitivamente integrante do rol de políticas consagradas pelos organismos internacionais.

Logo, se antes a justiça de transição se associava imediatamente com a realidade de um contexto pós-conflito oriundo de uma reestruturação política, agora poderia ser interpretada como um paradigma constituído de mecanismos que revelam compromissos com o Estado de Direito.

3. UM BREVE PANORAMA DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Nesse sentido, a transição pode ser encarada como um fenômeno político, e apresentou nuances diversas de um país para outro – ora pelo contexto internacional, ora pelas particularidades do ordenamento doméstico. Contudo, uma questão comum que se destaca desses processos de transição, foi que eles apresentaram maneiras para enfrentar os abusos contra os direitos humanos vivenciados nos regimes anteriores.

No velho continente, com a transição política em meados da década de 1970, certos países da do sul Europa, “a temática e os sistemas de proteção dos direitos humanos começavam a ativar-se e a ganhar maior densidade normativa, institucional e política”³⁹, tanto no contexto internacional, como no contexto europeu.

A transição como ocorreu na Europa do sul, foi caracterizada pelos governos emergentes decidirem lidar com a conseqüente fragmentação social deixada pelas violações dos governos anteriores. A maneira como iriam dar este passo, contudo, ainda era uma questão, porque ainda não havia muitas opções na experiência internacional que pudessem servir de exemplo e como base para serem absorvidas naquele momento. Por esse motivo, em se tratando de como responder a essas violações e os princípios pelos quais lidar com elas, cada país utilizou-se de uma maneira própria.

³⁷ A respeito do direito humanitário, ele será mais bem explicado no Tópico 1.7.2, com suas ponderações necessárias.

³⁸ QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: Contornos do conceito**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013, p. 125.

³⁹ GÓMEZ, José María. *Justiça Transicional, humanitarismo compassivo e ordem global liberal pós-guerra fria*. In: ASSY, Bethania et al (Org.). **Direitos Humanos: justiça, verdade e memória**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 267.

Em linhas gerais, em 1974, pode-se dizer que a Grécia buscou como estratégia governamental um arranjo que consistia no “juízo penal dos responsáveis máximos, [...] com depurações institucionais”⁴⁰. Por sua vez, Portugal, marcada pela revolução dos cravos, priorizou os expurgos administrativos em massa de antigos salazaristas – os quais mesmo tendo sido anulados, ainda representaram uma atitude de enfrentamento. Além desses, ressalta-se a Espanha, que optou pela anistia, onde culminara em silêncio e esquecimento acerca dos massacres e violações que caracterizaram tanto a sua guerra civil, como o longo período da ditadura franquista.

Na Europa Central e do Leste, transições eclodiram na década de 1990, abarcando desde saneamentos administrativos “descomunizantes”, como a abertura de arquivos policiais em alguns países, julgamentos do alto escalão militar, comissões enredadas por parlamentos e governos em outros países. Vale destacar, a abertura dos arquivos da política secreta para o público, realizada por meio da Comissão de Estudo Alemã e a Autoridade Gauck⁴¹.

Já com respeito aos países latino-americanos⁴², pode-se afirmar que suas experiências se apresentam como, especialmente, decisivas para a definição dos novos mecanismos e, também, para o conteúdo da justiça transicional (no reconhecimento e aceitação da própria noção do termo).

Essa geração de novos mecanismos e conteúdos para o conceito de justiça de transição decorreu da pluralidade de processos transicionais (distintos) nesse grupo de países, permitindo assim que se expandisse o rol de possibilidades a respeito das respostas às violências sofridas (mais opções sobre “como poderia ser feito”), já que as experiências de outros países estavam defasadas de algumas respostas encontradas aqui.

Com a superação gradual das ditaduras civis-militares, que usavam sabidamente da violência como forma de estabilização política – “com objetivo autodeclarado de promover uma ideologia securitária baseados nos valores nacionais e na moral cristã”⁴³ – os países do cone Sul, iniciaram seus empenhos no enfrentamento das violações sofridas.

Iniciando pela maneira Argentina de lidar com as violações sofridas pelo regime repressivo anterior, foi no governo do Presidente Raúl Alfonsín, em 1983, que se conjugou pela

⁴⁰ GÓMEZ, José María. Justiça Transicional, humanitarismo compassivo e ordem global liberal pós-guerra fria. In: ASSY, Bethania et al (Org.). **Direitos Humanos: justiça, verdade e memória**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 267.

⁴¹ BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça Transicional E A Política Da Memória: Uma Visão Global. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 1, p.56-83, jan. 2009, p. 60.

⁴² Ver os textos de MILLALEO, Salvador. La Justicia de Transición en el cono sur como historia global: Un caso de convergencia jurídica. In: SABADELL, Ana Lucia et al. **Justiça de Transição: Das anistias às comissões de verdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 13-37), “La justicia de transición en el Cono Sur como Historia Global; Pereira (2014, pp. 205- 217), “Um Epílogo das recentes ditaduras militares sul-americanas à luz do direito internacional”.

⁴³QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: Contornos do Conceito**. 2012. 172 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 14.

primeira vez um processo penal e uma comissão de verdade.⁴⁴ Com objetivo de julgar os membros das juntas militares que governaram o país e ao mesmo tempo buscar conhecer de uma maneira aprofundada a máquina repressiva estatal, que governara de 1976 a 1982, bem como identificar os responsáveis pelas violações cometidas e as vítimas dessas violações, houve a condenação dos chefes militares, e ao mesmo tempo a elaboração de um relatório por meio da *Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas*⁴⁵.

Tanto a condenação supramencionada, como o relatório geraram efeitos que serviram de influência para inúmeros países vizinhos, visto que por meio do relatório nomeado pela comissão de *Nunca Más*, foi possível chegar a um conhecimento inédito do aparelho repressivo que governou a Argentina assolando direitos de toda uma sociedade. Frise-se que a condenação dos militares, ensejou forte inovação normativa e judicial, gerando novos alcances à noção do tema.

Outro caso de importante relevância na América Latina foi o processo transicional chileno. Governado pelo presidente Patricio Aylwin, o Chile optou pela instalação da “Comissão de Verdade e Reconciliação Nacional”, sendo um mecanismo que trazia algumas limitações – não forçava o testemunho dos opressores e só contemplava crimes seguidos de morte.⁴⁶ Apesar de seu formato optar por não ter forçado o testemunho dos repressores, e também apesar de suas limitações no sentido de ter seu alcance restrito aos assassinatos, ignorando os demais crimes como escopo do mecanismo transicional, ainda assim, os elementos apurados pela comissão, em seu intitulado “Relatório Rettig”, contribuíram para atribuir responsabilidade ao regime militar – o que mais tarde serviria como fundamento para reparação às vítimas, e ainda para o pedido de extradição de Pinochet, com sua prisão em Londres, em 1998, marcante não apenas para a história chilena, mas de forte impacto reflexivo também no âmbito internacional.

Interessante ainda destacar, a similaridade dos casos brasileiro e uruguaio⁴⁷, com relação às obstruções causadas pelos governos civis, que sucederam os governos militares, por meio de políticas de esquecimento introduzidas por suas leis de anistia. Essas políticas de esquecimento representam um importante aspecto dos processos transicionais, pelas críticas importantes que introduzem ao conceito da justiça de transição, como será visto adiante.

As limitações inseridas pelas leis de anistia, impossibilitando mecanismos de responsabilização dos militares, ensejaram o enfiamento do passado por meio de outros

⁴⁴ Ver mais em “Terrorismo de Estado: Impunidad y punición en Argentina” (BARBERÁ, 2014, p. 41-68).

⁴⁵ GÓMEZ, José María. A justiça transicional e o imprevisível jogo entre a política, a memória e a justiça. **Re-vista: Verdade Justiça Memória**. Rio de Janeiro, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.revistavjm.com.br/artigos/a-justica-transicional-e-o-imprevisivel-jogo-entre-a-politica-a-memoria-e-a-justica/>>. Acesso em: 16 out. 2014.

⁴⁶ Ver mais em “La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile” (BASUALTO, 2014, p. 69-100).

⁴⁷ Conforme Baharona de Brito (2011, p. 65): “No Uruguai, ligações presidenciais com o Comandante em Chefe do Exército e a falta de conexão política com grupos que exigiam verdade e justiça, orientaram o presidente Sanguinetti a evitar quaisquer medidas punitivas”

caminhos. Dado que os meios da justiça penal não se apresentavam como mecanismo transicional aplicável ao Brasil e ao Uruguai, tiveram que contar com a ajuda de organismos de direitos humanos. Assim, por meio dos recorrentes movimentos de apoio aos familiares dos mortos e desaparecidos durante o regime anterior, em busca de informações oficiais, foi possível avançar nessa senda, de forma que significativas mudanças puderam ser alcançadas.

Dentre essas mudanças, houve, no Uruguai⁴⁸, a instalação da Comissão para a Paz (uma comissão de verdade oficial), e também a adoção de medidas de reparação. Em 2011, importante iniciativa do presidente José Mujica, representa a ampliação do escopo de medidas de transição uruguaia: o presidente passa a autorizar o julgamento civil de alguns membros das Forças Armadas.

No Brasil, apesar do não cumprimento ao que preceituava a decisão da Corte de San José da Costa Rica, sobre as obrigações devidas pelo Estado brasileiro em relação ao caso Araguaia⁴⁹; e ainda do julgamento pelo STF da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 153, a respeito da Lei 6.683 de 28 de Agosto de 1979 – Lei de Anistia – em que o Supremo entendeu pelo não cabimento do pedido de revisão (por 7 votos a 2)⁵⁰; ainda assim, é importante notar algumas medidas tomadas pelo Brasil, que devem ser considerados no âmbito de suas práticas transicionais.

Em primeiro momento, formaram-se as iniciativas de organizações da sociedade civil, em relação aos perseguidos políticos, mortos e desaparecidos, e também as reparações realizadas às vítimas da ditadura militar. Porém, de maior destaque e com um desempenho que se aguardava com grande expectativa, cite-se a instalação da Comissão Nacional da Verdade – ainda que mais tardia que nos demais casos apresentados⁵¹ – pela lei nº 12.528 sancionada pela presidente Dilma Rouseff, em 2011, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado entre os anos de 1946 e 1988, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional⁵².

⁴⁸ Ver mais em “La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay”, por Simon (2014, p. 151-204).

⁴⁹ Cecília Macdowell (2010, p. 9) faz uma breve descrição do caso Araguaia: “O movimento da Guerrilha do Araguaia começou a se desenvolver em 1966, numa área rural de difícil acesso, no sul do Pará. Sob a direção do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), 69 militantes de diferentes partes do Brasil integraram a guerrilha, que agregou, também, cerca de 17 camponeses da localidade. Entre abril de 1972 e janeiro de 1975, o Exército brasileiro realizou campanhas de “informação e repressão” da guerrilha, dizimando-a no final de 1974. Estima-se que o número de soldados que participaram das campanhas oscilou entre 3 mil e mais de 10 000 (Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, 2007: 195).”

⁵⁰ De acordo com o ex-ministro do STF, Eros Grau, a lei não poderia ser revisada pelo Judiciário, mas sim pelo Legislativo conforme “mudanças do tempo e da sociedade a impuserem”. É possível conhecer mais profundamente este tema a partir da leitura do texto “Justiça de transição. Breves anotações sobre a posição do STF brasileiro acerca da Lei de Anistia”, de Costa (2014, p. 279-292).

⁵¹ Em outros países com histórico de transição, vemos que as Comissões da Verdade foram criadas oficialmente mais cedo: na Argentina é criada pelo Decreto nº187 de 1983; no Chile pelo Decreto nº355 de 1990; na África do Sul pelo Ato nº43 de 1995; e na Guatemala pelo Acordo de 1994. Vale, contudo apontar, que embora a Comissão Nacional Verdade não houvesse sido oficialmente criada, já haviam organizações da sociedade civil, preocupadas com a verdade, que se revelam por meio das Caravanas de Anistia, etc.

⁵² Art. 1º da Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.

Esta Comissão, pela lei que a institui, visa os direitos da vítima à justiça, verdade e memória, tem atuação integrada e articulada com o Arquivo Nacional, com a Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos, e ainda, com a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça.

Vale dizer que esta Comissão, apresentou em relatório⁵³ recentemente, em 10 de dezembro de 2014, tendo realizado investigações por meio de pesquisas, com evidências sobre os eventos, até então desconhecidos pela sociedade, com objetivo de complementar o que se conhece a respeito do passado de repressão vivenciado no Brasil. Ainda, a Comissão em alguns casos, fez ponderações com propostas sobre o enfrentamento de algumas questões descobertas.

Por fim, pelos casos paradigmáticos da América Latina, aqui citados, vemos que o conceito sobre justiça de transição, envolve também sociedades que possuem transições inacabadas, apesar de mostrarem-se em alguns casos, democracias consolidadas; sabemos, ademais, de transições recém-iniciadas por situações recentes de cessação de conflitos, e vemos, ainda, transições que se expandem no tempo, revelando que a Justiça de Transição pode ser um campo de continuidades-rupturas, com uma característica não linear, que convoca o tempo passado para a compreensão do que presente, e a construção o futuro.

Além disso, nota-se que alguns países que tomaram a atitude do “virar a página” em certo momento de sua transição, alguns anos após reuniram medidas para responder a questões que ficaram para trás. Por várias razões distintas, que podem ser consideradas, como na medida em que os governos se consolidavam, ou que se tornavam mais fortes conseguiram romper com os laços de impunidade decorrentes dos regimes que pactuaram as transições no período recente à mudança de regime; ou porque algum evento novo reacendeu algum debate, inspirando grupos a se mobilizarem no horizonte das buscas por enfrentamento das violências passadas.

A esse respeito, Ruti Teitel⁵⁴ mostra que a temporalidade, no que tange as questões transicionais, faz com que estes países retomem a busca pela verdade “20, 30 ou 40 anos depois”, pois as instituições passam a ganhar maturidade, tornando-se suficientemente fortes para lidar com os profundos impactos provenientes do enfrentamento das violações do passado.⁵⁵ José Maria Gómez⁵⁶, a esse respeito confirma que:

⁵³ Ver mais em: Relatório / Comissão Nacional da Verdade. – Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014.

⁵⁴ 2012, p. 31

⁵⁵ E ainda, Ruti Teitel (2010, p. 32) coloca que “Na maioria dos países em que a justiça transicional passa a se desenvolver ou segue se desenvolvendo mesmo após uma longa passagem de tempo, percebemos claramente que a motivação para tanto é a necessidade do Estado democrático em responder a uma demanda persistente vinda da sociedade civil organizada”.

⁵⁶ GÓMEZ, José María. Justiça Transicional, humanitarismo compassivo e ordem global liberal pós-guerra fria. In: ASSY, Bethania et al (Org.). **Direitos Humanos: justiça, verdade e memória**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 282.

pode transcorrer várias décadas sem que nada aconteça em matéria de justiça de transição, até o momento em que, sob a mudança de condições, (...), produz-se a irrupção de uma luta pela memória de injustiças passadas, capaz de desencadear decisões e dinâmicas inéditas.

Dessa forma, da escolha de um conjunto de elementos e mecanismos, condicionados à ação histórica, política e social do tempo em que ocorreu a transição, temos como produto, como se pode observar, que cada país vivenciou contextos específicos, muito diversos entre si, apresentando contingências políticas internacionais e nacionais tão distintas, que contribuíram em demasia para ampliação do que se tinha por compreensão a respeito da justiça de transição, assumindo nessa esteira, variados aspectos em relação à formas e conteúdos. Ressalte-se que tais processos de transição geraram impactos tanto dentro da América Latina, como em escala global, visto que as inovações trazidas foram absorvidas tanto pelo regime global como pelo regime interamericano de direitos humanos.

Na África cabe, concisamente, observar uma peculiaridade merecedora de pontuação. Em alguns de seus processos transicionais, é possível visualizar a atuação de organizações de direitos humanos tanto nacionais como internacionais, que desempenharam importantes papéis. Em Ruanda, por exemplo, quando organizações internacionais de direitos humanos encabeçaram a iniciativa pela revelação da verdade sobre as violações de direitos humanos, houve a aglutinação de esforços internacionais para o julgamento de militares e violadores de direitos humanos, como o Tribunal Criminal para Ruanda, criado pelo Conselho de Segurança da ONU (JARDIM, 2006; ZYL, 2005).

Vale brevemente elucidar que houve a instalação de Comissões da Verdade que foram instaladas na Argélia, no Marrocos e na África do Sul⁵⁷. Estas comissões tiveram caráter completamente distinto das comissões da verdade instaladas nos países da América Latina.

Na África do Sul⁵⁸, como afirma Tarcísio Jardim⁵⁹, a comissão da verdade foi instalada, visando à restauração do “equilíbrio moral no processo de anistia”⁶⁰. No processo de anistia da África do Sul, aquele que causou violações de direitos humanos precisam se identificar como

⁵⁷ BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça Transicional E A Política Da Memória: Uma Visão Global. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 1, p.56-83, jan. 2009.

⁵⁸ Ver Simone Martins Rodrigues Pinto (2007, pp.393-421): “Justiça Transicional na África do Sul: Restaurando o Passado, Construindo o Futuro”.

⁵⁹ 2006, p. 11

⁶⁰ Como coloca, Simone Pinto (2007, p.410): “O objetivo mais controverso do Ato de instituição da Comissão de Verdade é, sem dúvida, o de facilitar a anistia das pessoas que esclarecerem completamente os fatos relevantes relacionados aos atos associados com objetivos políticos. Mas sua ênfase é clara no reconhecimento e na verdade, mais do que na punição. É psicologicamente vital para as famílias das vítimas saberem o que ocorreu, e esse esclarecimento é também necessário para que haja reparação e compensação adequadas. Por isso, a anistia surge como instrumento de obtenção da verdade.”

culpados, realizando descrição pormenorizada dos “atos pelos quais acredita que precisa de anistia”⁶¹. Lá, a anistia concedida não foi geral e irrestrita, de forma que para obtê-la era necessário conjugar várias condições como “o crime ser associado a objetivos políticos; o criminoso revelar a verdade por completo; ser membro de organizações políticas, movimentos de libertação ou membros das forças de segurança estatais; não ter agido para obter lucro, exceto na qualidade de informante; não ter sido o crime motivado por ódio ou maldade pessoal, etc.”⁶².

No caso de alguns violadores, que buscaram a anistia por terem causado infrações mais graves, estes teriam de “participar de audiências públicas, para serem questionados pela Comissão e, em alguns casos, pelas vítimas e famílias das vítimas”⁶³. Nesses casos, importante para o processo está no requerente ter que reconhecer sua responsabilidade, assumindo-a, de modo específico e personalíssimo. Vale ressaltar ainda, que para tais situações aqueles que receberam a anistia, foram identificados, e “o nome do criminoso e as informações sobre sua conduta eram publicadas no diário oficial da África do Sul”⁶⁴, e “impedidos de ocupar posições que lhes permitam repetir a violência”⁶⁵.

4. CONCLUSÃO

O formato pátrio escolhido pelos países latino-americanos para enfrentar as violações pretéritas, abriu para justiça de transição um novo campo de reflexão, qual seja, o de perceber que nas conjunturas locais o justo passa a depender da singularidade da experiência política transicional, país a país.

Em que se pesem os esforços de situar no tempo a justiça de transição, é no século XX, que o conceito passa a receber reconhecimento na política internacional⁶⁶, sendo usado dentro de um contexto reflexivo acerca das respostas políticas e jurídicas de uma sociedade fragmentada e em transição de um cenário de guerras para paz, e/ou de regimes repressivos a democracias liberais. Tais transições carregam forte sentido didático, já que o seu ineditismo àquela época, provocava no cenário internacional novas noções a respeito de como poderiam ocorrer diferentes formas de “prestação de contas”⁶⁷.

⁶¹ PINTO, 2007, p.411

⁶² JARDIM, 2006, p. 11

⁶³ SIMONE, 2007, p.411

⁶⁴ JARDIM, 2006, p. 11

⁶⁵ SIMONE, 2007, p.411

⁶⁶ GÓMEZ, José María. Justiça Transicional, humanitarismo compassivo e ordem global liberal pós-guerra fria. In: ASSY, Bethania et al (Org.). **Direitos Humanos: justiça, verdade e memória**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 262..

⁶⁷ A respeito do conceito de Justiça de Transição, Gómez (2014, n.p.) afirma: “aí radica a origem imediata e decisiva da noção, pois a partir dessas situações que se forjaram a ideia subliminar e o termo de “justiça de transição” ou “transicional”, inventaram-se mecanismos específicos

Tendo a percepção dos vários processos de transição ocorridos, cresceram debates conceituais dentro dessa matéria, como aqueles que pensam a paz e a justiça e, ainda, os debates sobre as políticas diversas a respeito da reconciliação e perdão introduzidos pela justiça de transição, etc.

A evolução sobre tal percepção transportou-se do imaginário teórico para a realidade, de forma que experiências como as acima destacadas se apresentam ilustrativamente, não só com seus aspectos positivos – do que deu certo – como destaca um rol de falhas também.

Na utilização diversa dos arranjos de mecanismos de transição pelos países que tomaram a iniciativa de enfrentar as violações que marcaram os regimes anteriores, é possível enxergar que algumas razões obstaculizaram o acesso à verdade, a concretização da justiça ou mesmo a reabilitação social dos que sofreram com a violação dos seus direitos. Essas são algumas das principais causas para que os países apresentem processos diferentes de transição. Em alguns a transição se dá de um modo porque o poder decorrente da transição encontrava-se fragilizado, ao ponto de não ser possível à aplicação de uma justiça que responsabilizasse efetivamente os culpados. Em outros porque os novos governantes tenderam a reduzir impactos, sobre as imprevisíveis reações decorrentes de “mexerem em feridas”, optando por a uma transição minimamente conflitiva.

O que se quer dizer é que alguns fatores – como o contexto transicional, os legados da ditadura (nos países do Cone Sul, por exemplo), as heranças históricas, e o contexto internacional⁶⁸ – definiram a Justiça Transicional nos países e que esses fatores é que conferem especificidade aos processos de transição.

Por isso, é importante salientar que, no tocante às diversas experiências apresentadas, do contexto da transformação política e jurídica das sociedades que passaram por tais processos de transição, é possível observar que apresentaram cada uma, vários mecanismos⁶⁹ usados para tratar o legado histórico da violência dos regimes violentos com o objetivo de atuar, cada um a seu modo, com a necessária justiça sobre eles, de forma que esses

(comissões da verdade, programas de reparação), e se multiplicaram as análises acadêmicas, sobre as condições sócias históricas, dinâmicas políticas e consequências das medidas de justiça transicional adotadas por Estados particulares, bem como sua influência e difusão horizontal (de país a país) e vertical (de baixo para cima e de cima para baixo, em escala regional e global)”.
⁶⁸ BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça Transicional E A Política Da Memória: Uma Visão Global. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 1, p.56-83, jan. 2009, p. 68.

⁶⁹ “Comissões da verdade, tribunais de justiça nacionais, internacionais, ou mistos, programas administrativos de reparações a vítimas ou afetados, iniciativas oficiais de comemoração, instâncias de reconciliação nacionais ou regionais, mecanismos estatais de busca de pessoas desaparecidas: tais são algumas das manifestações concretas nas quais se articula contemporaneamente a justiça de transição. Paralelamente a elas — e amiúde implantando novas relações entre sociedade, estado nacional e comunidade internacional— desencadeou-se uma notória mobilização social associada à prática da memória, à elaboração de propostas para um adequado ressarcimento pelos danos sofridos, à reivindicação da diversidade étnica e de gênero na vivência do horror e na resistência a ele e, enfim, à recordação e à reafirmação da própria dignidade.” (Reátegui, 2011, p. 39)

mecanismos puderam ser incorporados a outras experiências, trazendo cada vez mais estudos e conhecimentos agregados⁷⁰.

5. 5. BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Paulo. Verdade e justiça na transição política brasileira. In: SABADELL, Ana Lucia et al. **Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 383-406.
- ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D.. Justiça de transição e a eficácia da lei de anistia no Brasil: alternativas para a verdade e a justiça. In: ASSY, Bethany et al. **Direitos Humanos: Justiça, verdade e memória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 541-574.
- AMBOS, Kai. The legal framework of transitional justice: a systematic study with a special focus on the role of the ICC. In: AMBOS et al. (eds.) **Building a future of peace and justice: studies on transitional justice, peace and development**. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009, p. 19-103.
- BARBERÁ, Gabriel Pérez. Terrorismo de Estado: Impunidad y punición en Argentina. In: SABADELL, Ana Lucia et al (Org.). **Justiça de Transição: Das anistias às comissões de verdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 41-68.
- BASUALTO, Héctor Hernández. La persecución penal de los crímenes de Ila dictadura militar en Chile. In: SABADELL, Ana Lucia et al (Org.). **Justiça de Transição: Das anistias às comissões de verdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 69-100.
- BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório / Comissão Nacional da Verdade**. – Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014.
- BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça Transicional E A Política Da Memória: Uma Visão Global. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 1, p.56-83, jan. 2009. Semestral.
- CALEGARI, Lizandro Carlos. Testemunho, trauma e identidade em Que bom te ver viva, de Lúcia Murat. **Amerika: Mémoires, identités, territoires**. Ago. 2013. Disponível em: <<http://amerika.revues.org/4054>>. Acesso em: 11 out. 2014.
- CIURLIZZA, Javier. Para Um Panorama Global Sobre A Justiça De Transição. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 1, p.23-30, jan. 2009. Semestral.
- GÓMEZ, José María. A justiça transicional e o imprevisível jogo entre a política, a memória e a justiça. **Re-vista: Verdade Justiça Memória**. Rio de Janeiro, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.revistavjm.com.br/artigos/a-justica-transicional-e-o-imprevisivel-jogo-entre-a-politica-a-memoria-e-a-justica/>>. Acesso em: 16 out. 2014.

⁷⁰ Como afirma Barahona de Brito (2009), a literatura a respeito deste tema cresceu de tal forma que construir um ensaio bibliográfico a seu respeito que incluía todos os estudos que o englobam seria um empreendimento muito difícil.

- _____. Justiça Transicional, humanitarismo compassivo e ordem global liberal pós-guerra fria. In: ASSY, Bethania et al (Org.). **Direitos Humanos: justiça, verdade e memória.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 261-290.
- MACDOWELL, Cecília. Memória na Justiça: A mobilização dos direitos humanos e a construção da memória da ditadura no Brasil. **Revista Crítica de Ciências Sociais.** Coimbra, p. 127-154. jan. 2010. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/1719>>. Acesso em: 28 out. 2014.
- MELO, Carolina de Campos. Memórias como justiça: apontamentos sobre comissões de verdade. In: ASSY, Bethania et al (Org.). **Direitos Humanos: justiça, verdade e memória.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 31-48.
- MEZAROBBA, Glenda. **De que se Fala, quando se diz "Justiça de Transição"?** BIB. São Paulo, p. 111-122. jan. 2009.
- MEZAROBBA, Glenda. De que se fala, quando se diz justiça de transição? In: ASSY, Bethania et al (Org.). **Direitos Humanos: justiça, verdade e memória.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. p. 245-260.
- MILLALEO, Salvador. La Justicia de Transición en el cono sur como historia global: Un caso de convergencia jurídica. In: SABADELL, Ana Lucia et al. **Justiça de Transição: Das anistias às comissões de verdade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13-40.
- PEREIRA, Marcos Vinícius Torres. Um epílogo das recentes ditaduras militares sul-americanas à luz do direito internacional: Breves considerações sobre os mecanismos de reparação dos crimes cometidos. In: SABADELL, Ana Lucia et al. **Justiça de Transição: Das anistias às comissões de verdade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 205-220.
- QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: Contornos do conceito.** São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.
- QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: Contornos do Conceito.** 2012. 172 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição: manual para a América Latina.** Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.
- REIS, Daniel Aarão. **Ditadura e democracia no Brasil.** Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- SABADEL, Ana Lucia; SIMON, Jan-michael; DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Justiça de Transição: Das anistias às Comissões de Verdade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- SIMON, Jan-michael. La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985). In: SABADELL, Ana Lucia et al (Org.). **Justiça de Transição: Das anistias às comissões de verdade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 151-204.

TEITEL, Ruti. Fazer justiça e pensar medidas de justiça num contexto de mudança política é olhar para o passado mas também para o futuro: Ruti G. Teitel responde. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, v. 3, n. 3, p.28-39, jan. 2010. Semestral.

_____. Transitional Justice Genealogy. **Harvard Human Rights Journal**. p. 69-94. jan. 2003.

_____. **Transitional Justice**. New York: Oxford University Press, 2000.

TORELLY, Marcelo D.. Das comissões de reparação à comissão da verdade: As contribuições dos acervos da comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos e da comissão de anistia para a comissão nacional da verdade brasileira. In: SABADELL, Ana Lucia et al. **Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 407-423.

ZYL, Paul Van. 2005. Promovendo A Justiça Transicional Em Sociedades Pós-Conflito. In: REÁTEGUI, Félix (Org.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011. p. 47-72.

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

*WHICH SIDE WAS THE BRAZILIAN CONSTITUTION? AN ANALYSIS OF THE ROLE OF
FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES DURING THE MILITARY REGIME IN
BRAZIL (1964-1985)*

ROGÉRIO SGANZERLA¹

RESUMO: A Constituição de 1967 foi promulgada durante o Regime Militar no Brasil e expressamente mantida pelo Ato Institucional nº 5 de 1968 e seus subsequentes. Esta necessidade de validação imposta pelo Golpe pode ou não ter refletido no texto constitucional, especialmente no rol de garantias e direitos fundamentais das Constituições vigentes entre 1964 e 1985. Assim, pretende-se verificar, através de uma comparação das Constituições de 1946, 1967, 1967 e 1988, se a Constituição fundamentou e incorporou o espírito autoritário no seu texto, afim de facilitar possíveis controles e intervenções nas liberdades e direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Militar, Constituição, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The 1967 Constitution was promulgated during the military regime in Brazil and expressly maintained by the Institutional Act No. 5 of 1968 and its subsequent. This need for validation imposed by the coup may or may not be reflected in the Constitution, especially in the rights and guarantees title of the Constitutions between 1964 and 1985. Thus, it is intended to verify, through a comparison of the 1946 , 1967 1967 and 1988 Constitutions, if the authoritarian spirit was based and incorporated by the Constitution in order to facilitate possible controls and interventions in fundamental rights and freedoms .

KEYWORDS: Military Regime, Constitution, Fundamental Rights.

¹ Doutorando em Sociologia e direito pela UFF. Mestre em políticas públicas pela UNIRIO. Bacharel em direito pela FGV-RJ. Bacharel em filosofia pela UFRJ.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são aqueles que visam proteger o indivíduo no contexto social, seja ele no processo judicial, na esfera administrativa ou no seu dia a dia. Apesar de genérica, o importante é que essas garantias “estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito” (KRIELE, 1980, p. 149-150).

A par dessa pequena e sucinta elucidação apresenta-se o objetivo deste artigo: uma análise crítica do rol de direitos e garantias fundamentais das Constituições vigentes durante o Regime Militar no Brasil (1964-1985). Trata-se de um produto da pesquisa "A estrutura de atuação do Poder Judiciário no Estado do Rio de Janeiro durante o governo militar e as recomendações para políticas públicas de não repetição neste âmbito", sob coordenação da Professora Daniela Silva Fontoura de Barcellos, a pedido da Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro e com apoio institucional da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ).

Este é o primeiro de um conjunto de três artigos que analisam criticamente as fundamentações legais para as violações de garantias e direitos fundamentais. Cada um deles analisará um nível hierárquico, quais sejam, Constituições, Atos Institucionais e Leis Ordinárias. Nesta etapa, a pretensão é uma análise exclusiva do rol de direitos e garantias fundamentais presentes nas Constituições Brasileiras de 1946, 1967, 1969¹ e 1988. Os textos constitucionais serão empiricamente comparados afim de verificar quais foram as modificações realizadas nesse rol durante o período de Ditadura Militar no Brasil.

A meta é que, ao final do trabalho, se possa realizar uma crítica do período de Ditadura Militar no Brasil e comparar as Constituições Brasileiras de 1967 e 1969 com as demais (1946 e 1988), verificando a importância das alterações no texto constitucional no controle e intervenção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

¹ Há um intenso debate em torno da Emenda nº 1, outorgada em 17 de outubro de 1969. Politicamente, o Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, já previa no seu art. 4º que a eleição do Presidente e Vice-Presidente seria feita pelos membros do Congresso Nacional, de forma indireta. Nesses termos, ao se sobrepor substancialmente a Constituição de 1967, tornou-se uma nova Constituição, adaptando em si os vários atos institucionais e complementares. Contudo, no meio jurídico, não se figura esse consenso de uma Constituição autônoma, tendo em vista que não houve uma revogação formal da Carta de 1967 e a própria Emenda nº 1 afirma, no seu art. 1º, que "A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação". Independente disso, para fins metodológicos e simplificação da análise, será considerada que a Emenda nº 1 de 1969 é uma Constituição para fim de comparação com as Constituições de 1946, 1967 e 1988. Tal afirmação não significa uma associação a qualquer corrente de pensamento, mas somente uma posição para fins organizacionais e estruturais da pesquisa.

Logo, a pergunta engajadora deste trabalho é: é possível dizer que as Constituições de 1967 e 1969 permitiam que o regime autoritário imposto pelo Golpe de 1964 no Brasil restringisse os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos?

Nesse intuito, primeiramente, será feito uma análise horizontal dessas Constituições, objetivando um estudo comparativo entre elas e não somente uma análise vertical no período da Ditadura Militar no Brasil.

A exposição será feita em quatro pontos: o primeiro, agrupando as semelhanças e igualdades envolvendo as quatro Constituições analisadas. O segundo comparará aqueles direitos que foram acrescentados (ou foram consideravelmente aumentados) pelas constituições de 1967 e 1969. O terceiro analisará os direitos diminuídos (ou completamente excluídos) pelas Constituições de 1967 e 1969. Por fim, o quarto ponto abordará aqueles direitos complementados (ou acrescidos em grande parte) pela Constituição de 1988.

Após essa investigação, será feita uma análise crítica sobre o texto constitucional envolvendo os quatro pontos anteriormente citados a fim de concluir qual foi influência constitucional sobre os direitos fundamentais no período da ditadura militar.

Nesses termos, inicia-se a análise.

2. SEMELHANÇAS E IGUALDADES PRESENTES NAS CONSTITUIÇÕES DE 1946, 1967, 1969 E 1988

No tocante aos direitos gerais de liberdade, a primeira igualdade entre os textos constitucionais quanto ao texto “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CFRB/88). Em todas as Constituições o texto permaneceu inalterado. Da mesma forma o direito de que “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” se permaneceu idêntico com o tempo.

Já o texto que fala sobre a privação dos seus direitos por motivo de crença religiosa, convicção filosófica ou política (art. 5º, XXXVI, CFRB/88), teve pouca alteração. Nota-se que a Constituição de 1988 não utilizou mais o termo “escusa de consciência”. Tratava-se de uma garantia constitucional direcionada a quem objeta, por razões religiosas, filosóficas ou ideológicas, obrigações impostas pela Constituição, lei ou contrato, devendo prestar serviços alternativos, como forma de compensação.

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
<p>Art. 141, §8º - Por motivo de <u>convicção religiosa</u>, <u>filosófica</u> ou <u>política</u>, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de <u>obrigação</u>, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.</p>	<p>Art. 150, §6º - Por motivo de <u>crença religiosa</u>, ou de <u>convicção filosófica</u> ou <u>política</u>, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de <u>obrigação legal</u> imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência.</p>	<p>Art. 153, §6º - Por motivo de <u>crença religiosa</u> ou de <u>convicção filosófica</u> ou <u>política</u>, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se o invocar para eximir-se de <u>obrigação legal</u> a todos imposta, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com escusa de consciência.</p>	<p>Art. 5º, VIII - Ninguém será privado de direitos por motivo de <u>crença religiosa</u> ou de <u>convicção filosófica</u> ou <u>política</u>, salvo se as invocar para eximir-se de <u>obrigação legal</u> a todos imposta e recusar-se a cumprir <u>prestação alternativa</u>, fixada em lei;</p>

Na mesma esteira a privação da liberdade em razão de dívida civil esteve presente em todas as Constituições desde 1946 somente nas hipóteses de depositário infiel e no caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Um detalhe é que a Constituição de 1988 aumentou os requisitos para a prisão em caso de inadimplemento de obrigação alimentícia, determinando que esta ação deve ser voluntária e inescusável².

Outro direito importante foi a garantia da liberdade do exercício de qualquer profissão, ofício ou trabalho (art. 5º, XIII). Na Constituição de 1946 somente havia a defesa da “profissão”, sendo os demais termos adicionados na Constituição de 1967 e mantidos nas seguintes. Vale ressaltar a adição realizada pela Constituição de 1988 com o inciso XIV no tocante ao acesso à informação e ao sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional.

² Por mais que o texto constitucional ainda preveja a prisão por depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2008, reformulou sua jurisprudência no sentido de que a prisão civil se aplica somente para os casos de não pagamento voluntário da pensão alimentícia, isentando os casos do depositário infiel. As mudanças se deram no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 349703/RS e 466343/SP e do Habeas Corpus nº 87585/TO. Com o novo entendimento, o STF adaptou-se não só à Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), como também ao Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos da ONU e a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada em 1948, em Bogotá (Colômbia). Nesse sentido, foi expedida a Súmula Vinculante nº 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".
 Informações: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268> e <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379>.

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISIS: UN ESTUDIO COMPARADO DEL ORDEN
CONSTITUCIONAL DE LA ARGENTINA Y DEL BRASIL

Além dele, três direitos que remetem à garantia de propriedade dos indivíduos permaneceram praticamente inalterados nas Constituições analisadas: primeiro a garantia de prévia e justa indenização em dinheiro em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (art. 5º XXIV, CFRB/88); segundo o direito de indenização ulterior, se houver dano, no uso pela autoridade competente da propriedade particular em caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV, CFRB/88). Neste, uma diferença encontrada na Constituição de 1946 para as demais Constituições é que nestas aboliu-se a possibilidade de uso da propriedade em caso de guerra ou comoção intestina, somente ficando a locução perigo iminente; terceiro o direito a inviolabilidade da casa do indivíduo (art. 5º XI, CFRB/88). Os requisitos de consentimento do morador e somente de dia estiveram presentes em todas as quatro Constituições em análise. Porém, alguns detalhes são importantes: (i) nota-se que as exceções a inviolabilidade de domicílio nas Constituições de 1967 e 1969 aumentaram ao possibilitar em casos de crimes ou desastres, o que na Constituição de 1946 era somente possível para acudir vítima de crime e na Constituição de 1988 quando for flagrante delito ou desastre; (ii) na Constituição de 1988, as exceções de inviolabilidade estão delimitadas somente no artigo constitucional, quais sejam, flagrante delito ou desastre, ou prestar socorro ou, durante o dia, mediante determinação judicial. Nas demais Constituições, as exceções, além de desastres e em casos de crimes, podiam ser estendidas mediante Lei.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
<p>Art. 141, §15 - A <u>casa é o asilo inviolável</u> do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à <u>noite</u>, sem <u>consentimento</u> do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.</p>	<p>Art. 150, §10 - A <u>casa é o asilo inviolável</u> do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à <u>noite</u>, sem <u>consentimento</u> do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.</p>	<p>Art. 153, §10 - A <u>casa é o asilo inviolável</u> do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à <u>noite</u>, sem <u>consentimento</u> do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.</p>	<p>Art. 5º, XI - A <u>casa é asilo inviolável</u> do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem <u>consentimento</u> do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o <u>dia</u>, por determinação judicial;</p>

Na mesma linha, é interessante visualizar um bloco de direitos que trata do exercício de defesa contra ações estatais. Um detalhe interessante: por mais que o direito ao contraditório seja um direito englobado pelo direito à ampla defesa, somente apareceu como direito autônomo na Constituição de 1967. Mais ainda, as Constituições de 1946, 1967 e 1969 declaravam expressamente que não haveria Tribunal de Exceção e foro privilegiado. Contudo, na Constituição de 1988 somente foi mantida a proteção a juízo ou tribunal de exceção. Por fim, o princípio da legalidade através da irretroatividade da lei penal esteve presente desde a Constituição 1946. Por mais que o sentido

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

permaneça da mesma, a forma negativa de exposição do direito traz uma diferença estrutural. Enquanto que na Constituição de 1946 “a lei só retroagirá quando beneficiar o réu”, nas de 1967 e 1969 seria observada “a lei anterior, salvo quando agravar a situação do réu”. Na Constituição de 1988 voltou-se com o texto de 1946, mas que ela “não retroagirá, salvo quando beneficiar o réu”.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
Art. 141, §25 - É assegurada aos acusados <u>plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais</u> a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.	Art. 150, §15 - A lei assegurará aos acusados <u>ampla defesa, com os recursos a ela inerentes</u> . Não haverá <u>foro privilegiado</u> nem <u>Tribunais de exceção</u> .	Art. 153, §15 - A lei assegurará ao acusado <u>ampla defesa, com os recursos a ela inerentes</u> . Não haverá <u>foro privilegiado</u> nem <u>tribunais de exceção</u> .	Art. 5º, LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e <u>ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes</u> .
Art. 141, §26 - Não haverá <u>foro privilegiado</u> nem <u>Juízes e Tribunais de exceção</u> .	Art. 150, §16 - A instrução criminal será <u>contraditória, observada a lei anterior</u> quanto ao crime e à pena, <u>salvo quando agravar a situação do réu</u> .	Art. 153, §16 - A instrução criminal será <u>contraditória, observada a lei anterior</u> , no relativo ao crime e à pena, <u>salvo quando agravar a situação do réu</u> .	Art. 5º, XXXVII – Não haverá <u>juízo ou tribunal de exceção</u> .
Art. 141, §29 - A lei penal regulará a <u>individualização da pena</u> e só <u>retroagirá quando beneficiar o réu</u> .			Art. 5º, XL - A lei penal <u>não retroagirá, salvo para beneficiar o réu</u> ;
			Art. 5º, XXXIX - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Além disso, o direito de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII, CFRB/88) também não sofreu quase alteração nos textos constitucionais, sendo o termo sobre “entidades civis e militares de internação coletiva” modificar os termos anteriores de “forças armadas e auxiliares” e “estabelecimentos de internação coletiva”. Por mais que o núcleo tenha sido alterado de “será prestada” para “é assegurada”, não há uma variação significativa no sentido pretendido pelo texto constitucional no decorrer do tempo.

Outro tipo de assistência também foi contemplada nas quatro Constituições analisadas: assistência jurídica aos necessitados (art. 5, LXXIV, CFRB/88). A diferença basicamente se deu com a Constituição de 1988, que estabeleceu como condição a

comprovação da insuficiência de recursos e também reconheceu a gratuidade para o registro de nascimento e a certidão de óbito.

Quanto às regras de permanência no território nacional, duas se destacam como bastante semelhantes nas quatro constituições: primeiro quanto a permissão de entrada, permanência e saída de qualquer pessoa com os seus bens em tempos de paz (art. 5º, XV, CFRB/1988); segundo quanto à não concessão de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em nenhum caso, sendo brasileiro (art. 5º, LI, CFRB/88). A Constituição de 1988 entretanto, abriu possibilidade do naturalizado ser extraditado em caso de crime comum no caso da conduta ter sido praticada antes da naturalização ou se ficar comprovado o envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Por fim, também é importante destacar a presença dos remédios constitucionais. Os três mais importantes são o *Habeas Corpus* e o mandado de segurança e a ação popular. Como direito clássico e histórico, observa-se que o *Habeas Corpus* sempre esteve presente nas quatro Constituições com o texto “Dar-se-á (Conceder-se-á) "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Nota-se que a Constituição de 1988 alterou o núcleo do artigo para “conceder-se-á” e retirou a expressão “Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*”, que sempre esteve presente nas Constituições anteriores.

Já o mandado de segurança também esteve também presente em todas as Constituições analisadas. Em todos os textos o sentido permaneceu: foi protegido o direito líquido e certo, não aparado por *habeas corpus*, contra ilegalidade ou abuso de poder. Um detalhe importante é que na Constituição de 1946, 1967 e 1969 não havia outro remédio constitucional previsto além do Mandado de Segurança ou *Habeas Corpus*. Logo, texto constitucional tinha a previsão da impetração contra “qualquer que seja a autoridade responsável”. Já na Constituição de 1988, com a criação do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, CFRB/88) e *Habeas Data* (art. 5º, LXII, CFRB/88), novas hipóteses surgiram na proteção de direitos fundamentais, sendo tal expressão supracitada substituída por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Além disso, foi também criada a figura do Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX, CFRB/88).

Além disso, a ação popular foi uma importante alternativa de proteção do patrimônio público. Nas quatro Constituições previa-se que qualquer cidadão poderia pleitear anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público (art. 5º, LXXIII, CFRB/88). A diferença é que na Constituição de 1988 aumentou as possibilidade para a proteção não somente do patrimônio público, mas também do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

3. DIREITOS ACRESCENTADOS (OU CONSIDERAVELMENTE AUMENTADOS) PELAS CONSTITUIÇÕES DE 1967 E 1969

Um dos direitos mais importantes que a atual Constituição de 1988 traz já esteve presente na Constituição de 1946, mas foi a de 1967 quem a moldou de uma forma mais protetora. Conforme se nota abaixo, o leque de proteção da IGUALDADE foi pormenorizado sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. A Constituição de 1988 abrangeu a igualdade sem distinção de qualquer natureza, garantindo ainda a inviolabilidade de direitos e a igualdade entre homens e mulheres.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
Art. 141, §1º - Todos são iguais perante a lei.	Art. 150, §1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.	Art. 153, 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.	Art. 5º, caput – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
			Art. 5º, I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Outro importante direito que foi consideravelmente aumentado com a Constituição de 1967 e mantido pela de 1969 é o direito do sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas e telefônicas. Conforme é possível notar abaixo, a proteção destes não era prevista de 1946 e a Constituição de 1988 detalhou ainda mais os direitos previstos nas Constituições de 1967 e 1969.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
Art. 141, §6º - É inviolável o sigilo da <u>correspondência</u> .	Art. 150, §9º - São invioláveis a <u>correspondência</u> e o sigilo das <u>comunicações</u> .	Art. 153, §9º - É inviolável o sigilo da <u>correspondência</u> e das <u>comunicações telegráficas e telefônicas</u> .	Art. 5º, XII - É inviolável o sigilo da <u>correspondência</u> e das <u>comunicações telegráficas</u> , de dados e das <u>comunicações telefônicas</u> , salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que

	<u>nicaciones telegráficas e telefônicas.</u>		a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
--	---	--	---

Outro tema introduzido pela Constituição de 1967 é o direito à proteção da integridade física e moral do preso. Nota-se que o direito permaneceu praticamente inalterado em seu sentido desde 1967. Em 1988, a Constituição prevê mais direitos de proteção à figura do preso, especialmente quando condenado por erro judiciário, situação na qual terá direito à indenização, e a punição de discriminação atentatória a direitos fundamentais (situação na qual se aplica inclusive ao preso).

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
	Art. 150, §14 - Impõe-se a todas as autoridades o <u>respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário</u> .	Art. 153, §14 - Impõe-se a todas as autoridades o <u>respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário</u> .	Art. 5º, XLIX - É assegurado aos presos o <u>respeito à integridade física e moral</u> ;
			Art. 5º, XLI - A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
			Art. 5º, LXXV - O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

4. DIREITOS DIMINUÍDOS (OU COMPLETAMENTE EXCLUÍDOS) PELAS CONSTITUIÇÕES DE 1967 E 1969

O primeiro direito que foi possível enquadrar como completamente excluído (ou diminuído) pelas Constituições de 1967 e 1969 foi o direito a liberdade de manifestação do pensamento, convicção política ou filosófica e também o direito de resposta. Nota-se que o texto da Constituição de 1967 tinha algumas restrições, repetindo as limitações da Constituição de 1946, tais como a possibilidade de censura por abusos em espetáculos de diversões públicas. Outra possibilidade de controle repetido e mantido pela Constituição de 1967 foi a intolerância a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. O que, por um lado, é positivo ao reprimir preconceitos de raça ou classe, que ferem diretamente os direitos humanos, a repressão de propaganda de subversão é uma grande possibilidade de controle pelo Estado contra o indivíduo, especialmente quando este for contrário às ideias estatais. Com a Constituição de 1988, tais repressões foram retiradas do texto constitucional.

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
<p>Art. 141, §5º - É livre a <u>manifestação do pensamento</u>, sem que dependa de <u>censura</u>, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o <u>direito de resposta</u>. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.</p>	<p>Art. 150, §8º - É livre a <u>manifestação de pensamento</u>, de <u>convicção política</u> ou filosófica e a <u>prestação de informação</u> sem sujeição à <u>censura</u>, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o <u>direito de resposta</u>. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.</p>	<p>Art. 153, §8º - É livre a <u>manifestação de pensamento</u>, de <u>convicção política</u> ou <u>filosófica</u>, bem como a prestação de informação independentemente de <u>censura</u>, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o <u>direito de resposta</u>. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.</p>	<p>Art.5º, IX - É livre a <u>expressão da atividade</u> intelectual, artística, científica e de comunicação, <u>independentemente de censura</u> ou licença</p> <hr/> <p>Art. 5º, IV - É livre a <u>manifestação do pensamento</u>, sendo vedado o anonimato</p> <hr/> <p>Art. 5º, V - É assegurado o <u>direito de resposta</u>, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.</p>

O segundo direito que foi diminuído (ou esvaziado) foi o da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de direito. O texto expresso no art. 5º, XXXX, CFRB/88 diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nas Constituições de 1946, 1967 e 1969 o texto permaneceu basicamente o mesmo que o supracitado, somente não havendo a expressão “ameaça”. Um detalhe importante é que a Emenda Constitucional nº 7 de 1977, que alterou o texto da Constituição de 1967, adicionou o seguinte texto que veio a ser suprimido novamente com a Constituição de 1988: “O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”. Tal aumento, na verdade, era uma restrição ao acesso à Justiça, haja vista que impunha ao indivíduo o exaurimento prévio das instâncias administrativas para que fosse ao Poder Judiciário para que garantisse seu direito.

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISIS: UN ESTUDIO COMPARADO DEL ORDEN
CONSTITUCIONAL DE LA ARGENTINA Y DEL BRASIL

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
Art. 141, §4º - A lei não poderá <u>excluir</u> da apreciação do Poder Judiciário qualquer <u>lesão</u> de direito individual.	Art. 150, §4º - A lei não poderá <u>excluir</u> da apreciação do Poder Judiciário qualquer <u>lesão</u> de direito individual.	Art. 153, § 4º - A lei não poderá <u>excluir</u> da apreciação do Poder Judiciário qualquer <u>lesão</u> de direito individual.	Art. 5º, XXXV - A lei não <u>excluirá</u> da apreciação do Poder Judiciário <u>lesão ou ameaça</u> a direito;
		Art. 153, §4º - A lei não poderá <u>excluir</u> da apreciação do Poder Judiciário qualquer <u>lesão</u> de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido. (<u>Redação da pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977</u>)	

O terceiro direito diz respeito ao Tribunal do Júri. Enquanto que nas Constituições de 1946 e 1988 reconhecia-se o sigilo das votações, a plenitude defesa e a soberania dos veredictos com a competência para os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, CFRB/88), as Constituições de 1967 e 1969 somente mantinham a soberania do júri e a sua competência, excluindo as proteções a ele inerentes.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
Art. 141, §28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o <u>sigilo das votações</u> , a <u>plenitude da defesa</u> do réu e a <u>soberania dos veredictos</u> . Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos <u>crimes dolosos contra a vida</u> .	Art. 150, §18 - São mantidas a instituição e a <u>soberania do júri</u> , que terá competência no julgamento dos <u>crimes dolosos contra a vida</u> .	Art. 153, §18 - É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos <u>crimes dolosos contra a vida</u> .	Art. 5º, XXXVIII - É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a <u>plenitude de defesa</u> ; b) o <u>sigilo das votações</u> ; c) a <u>soberania dos veredictos</u> ; d) a competência para o julgamento dos <u>crimes dolosos contra a vida</u>

O quarto direito completamente excluído das Constituições de 1967 e 1969 foi o de que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5º, LIII, CFRB/88). Apesar delas conterem a proteção da prisão por

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

ordem escrita da autoridade competente (art. 5º LXI, CFRB/88), não há qualquer menção no texto sobre o processo e sentença, ficando completamente esquecidos nestas Constituições.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
<p>Art. 141, §27 - Ninguém será <u>processado nem sentenciado</u> senão pela <u>autoridade competente</u> e na forma de lei anterior.</p>			<p>Art. 5º, LIII - Ninguém será <u>processado nem sentenciado</u> senão pela <u>autoridade competente</u>;</p>

Apesar de não ser tratado como um direito individual propriamente dito, um artigo previsto na Constituição de 1967 (e repetido de forma mais restritiva na Constituição de 1969) previa que o abuso de (alguns) direitos individuais e políticos, caso atentasse contra a ordem democrática ou praticasse a corrupção, geraria a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de dois a dez anos. A alteração prevista na Constituição de 1969 era ainda mais abrangente, pois qualquer abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importaria a suspensão "daqueles direitos". O problema é que a expressão é ambígua e poderia estar se referindo tanto aos direitos políticos como direitos individuais, como se denota abaixo:

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
	<p>Art. 151 - Aquele que <u>abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos</u>, para <u>atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção</u>, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo</p>	<p>Art. 154 - O <u>abuso de direito individual ou político</u>, com o <u>propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção</u>, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.</p>	<p>Art. 15. É vedada a cassação de <u>direitos políticos</u>, cuja <u>perda ou suspensão</u> só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art.</p>

	da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.		5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.
--	--	--	--

5. DIREITOS COMPLEMENTADOS (OU ACRESCIDOS EM GRANDE PARTE) PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

o tocante ao direito de liberdade de associação para fins lícitos, vale notar que o texto constitucional permaneceu bastante parecido, em sua primeira parte, durante o tempo, tendo sido retirada somente a expressão “para fins lícitos” em 1967, mas novamente restituída em 1969 e mantida em 1988. Esta, por sua vez, resolveu aumentar o rol de proteção das associações, mantendo a o direito de dissolução somente por decisão judicial e acrescentando o art. 5º, XX e XVIII e XXI.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
<p>Art. 141, §12 - É garantida a <u>liberdade de associação</u> para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente <u>dissolvida</u> senão em virtude de sentença judiciária.</p>	<p>Art. 150, §28 - É garantida a <u>liberdade de associação</u>. Nenhuma associação poderá ser <u>dissolvida</u>, senão em virtude de decisão judicial.</p>	<p>Art. 153, §28 - É assegurada a <u>liberdade de associação</u> para os fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser <u>dissolvida</u>, senão em virtude de decisão judicial.</p>	<p>Art. 5º, XVII - É plena a <u>liberdade de associação para fins lícitos</u>, vedada a de caráter paramilitar;</p>
			<p>Art. 5º, XVIII - A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;</p>
			<p>Art. 5º, XIX - As associações só poderão ser <u>compulsoriamente dissolvidas</u> ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;</p>
			<p>Art. 5º, XX - Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;</p>

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

			Art. 5º, XXI - As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;
--	--	--	--

Ligado a esse tema, um direito que foi alterado especialmente pela Constituição de 1988 foi o de liberdade de reunião, sem armas, mediante aviso prévio à autoridade competente. Apesar de todos os requisitos citados estiverem presentes em todas as Constituições Federais desde 1946, o detalhe excluído em 1988 é a expressão “não intervindo a autoridade senão para manter a ordem”. A discricionariedade de atuação Estatal, especialmente num período autoritário, manejava poderes fortes contra a liberdade individual dos indivíduos.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
Art. 141, §11 - Todos podem <u>reunir-se, sem armas</u> , não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite.	Art. 150, §27 - Todos podem <u>reunir-se sem armas</u> , não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a <u>comunicação prévia à autoridade</u> , bem como a designação, por esta, do local da reunião.	Art. 153, §27 - Todos podem <u>reunir-se sem armas</u> , não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a <u>comunicação prévia à autoridade</u> , bem como a designação, por esta, do local da reunião.	Art. 5º, XVI - Todos podem <u>reunir-se pacificamente, sem armas</u> , em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido <u>prévio aviso à autoridade competente</u>

Na mesma linha, o direito de inviolabilidade da liberdade de consciência, de crença e o livre exercício dos cultos religiosos também esteve presente nas quatro Constituições. Vale notar que a Constituição de 1988 retirou a exceção para o exercício desses direitos, qual seja, em caso de contrariar a ordem e os bons costumes. Apesar de um detalhe, a discricionariedade, ainda mais em um período autoritário, poderia fazer bastante diferença tendo em vista a defesa da consciência. Tal expressão, vigente até 1988, foi suprimida do texto constitucional.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
-------------------	-------------------	-------------------	-------------------

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISIS: UN ESTUDIO COMPARADO DEL ORDEN
CONSTITUCIONAL DE LA ARGENTINA Y DEL BRASIL

<p>Art. 141, §7º - É inviolável a liberdade de <u>consciência</u> e de <u>crença</u> e assegurado o livre exercício dos <u>cultos religiosos</u>, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.</p>	<p>Art. 150, §5º - É plena a liberdade de <u>consciência</u> e fica assegurado aos <u>crentes</u> o exercício dos <u>cultos religiosos</u>, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.</p>	<p>Art. 153, §5º - É plena a liberdade de <u>consciência</u> e fica assegurado aos <u>crentes</u> o exercício dos <u>cultos religiosos</u>, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.</p>	<p>Art. 5º, VI - É inviolável a liberdade de <u>consciência</u> e de <u>crença</u>, sendo assegurado o livre exercício dos <u>cultos religiosos</u> e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;</p>
---	---	---	---

Um bloco de direitos incrementado enormemente pela Constituição de 1988 é aquele que trata sobre os direitos dos presos e/ou prisão.

Um primeiro direito que foi complementado pela Constituição de 1988 foi o da prisão em flagrante delito pela autoridade competente. Nota-se que desde a Constituição de 1946 de prisão somente em flagrante por ordem escrita da autoridade competente, tendo a Constituição de 1988 adicionado que esta decisão deverá ser fundamentada e criando uma exceção nos casos de transgressão ou crime militar. Além disso, todas possuem a previsão de comunicação imediata ao juiz competente que a relaxará no caso de prisão ilegal. No caso da lei permitir fiança, somente as Constituições de 1946 e 1988 determinam que não haverá prisão ou sua manutenção, tendo as de 1967 e 1969 deixado a cargo da lei esta garantia. Já a Constituição de 1988 adiciona novos privilégios, tais como o direito ao silêncio e identificação dos responsáveis pela prisão ou interrogatório.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
<p>Art. 141, §20 - Ninguém será preso <u>senão em flagrante delito</u> ou, por <u>ordem escrita</u> da <u>autoridade competente</u>, nos casos expressos em lei.</p>	<p>Art. 150, §12 - Ninguém será preso <u>senão em flagrante delito</u> ou por <u>ordem escrita</u> de <u>autoridade competente</u>. A lei disporá sobre a prestação de <u>fiança</u>. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será <u>imediatamente comunicada ao</u></p>	<p>Art. 153, §12 - Ninguém será preso <u>senão em flagrante delito</u> ou por <u>ordem escrita</u> de <u>autoridade competente</u>. A lei disporá sobre a prestação de <u>fiança</u>. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será <u>imediatamente comunicada ao</u></p>	<p>Art. 5º, LXI - Ninguém será preso <u>senão em flagrante delito</u> ou por <u>ordem escrita</u> e <u>fundamentada</u> de <u>autoridade judiciária competente</u>, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;</p>
			<p>Art. 5º, LXIII - O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;</p>
			<p>Art. 5º, LXIV - O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão</p>

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

	<u>Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.</u>	<u>juiz competente, que a relaxará, se não for legal.</u>	ou por seu interrogatório policial;
<p>Art. 141, §22 - A prisão ou detenção de qualquer pessoa será <u>imediatamente comunicada ao Juiz competente</u>, que a <u>relaxará</u>, se não for <u>legal</u>, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora.</p> <p>Art. 141, §21 - Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar <u>fiança</u> permitida em lei.</p>			<p>Art. 5º, LXV - A <u>prisão ilegal</u> será imediatamente <u>relaxada</u> pela autoridade judiciária</p>
			<p>Art. 5º, LXII - A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão <u>comunicados imediatamente ao juiz competente</u> e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;</p> <p>Art. 5º, LXVI - Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem <u>fiança</u>;</p>

No tocante às penas de morte, banimento, confisco e de caráter perpétuo, as quatro Constituições contiveram as proteções sem alterações significativas no texto legal. No caso da pena de morte, igualmente, as quatro Constituições também fazem a ressalva para o caso de guerra. Na Constituição de 1946 somente em “tempo de guerra com país estrangeiro”. Nas Constituições de 1967 e 1969 o conceito de “guerra externa” foi trazido ao texto. Na Constituição de 1967, até a redação dada pelo Ato Institucional nº 14 de 1969, a exceção da pena de morte era somente para este caso. Com a Introdução desta emenda pelo AI 14 e também na Constituição de 1969 o texto foi modificado cabendo a exceção de “guerra externa” para os quatro tipos de penas (morte, banimento, confisco e perpétuo) e também quando houvesse guerra psicológica, adversa, ou revolucionária ou subversiva. Somente com a Emenda Constitucional nº 11 de 1978 é que o texto voltou a ser o original da Constituição de 1967. Na Constituição de 1988 a única exceção para as penas é para a pena de morte no caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, CFRB/88.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
<p>Art. 141, §31 - Não haverá pena de morte, de <u>banimento</u>, de <u>confisco</u> nem de caráter <u>perpétuo</u>. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em</p>	<p>Art. 150, §11 - <u>Não</u> haverá pena de morte, de prisão <u>perpétua</u>, de <u>banimento</u>, nem de <u>confisco</u>. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de <u>guerra externa</u>. A lei disporá sobre o perdimento de</p>	<p>Art. 153, §11 - <u>Não</u> haverá pena de morte, de prisão <u>perpétua</u>, de <u>banimento</u>, ou <u>confisco</u>, salvo nos <u>casos de guerra</u> externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, no termos que a lei determinar. Esta disporá,</p>	<p>Art. 5º, XLVII - Não haverá penas: a) de <u>morte</u>, salvo em caso de <u>guerra</u> declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter <u>perpétuo</u></p>

<p><u>tempo de guerra</u> com país estrangeiro. A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.</p>	<p>bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.</p>	<p>também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta.</p>	<p><u>tu</u>; c) de trabalhos forçados; d) de <u>banimento</u>; e) <u>cruéis</u>;</p> <p>Art. 150: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios – IV utilizar tributo com efeito de <u>confisco</u></p>
	<p>Art. 150, §11 - <u>Não haverá pena de morte</u>, de prisão <u>perpétua</u>, de <u>banimento</u>, ou <u>confisco</u>, salvo nos casos de <u>guerra externa</u> psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta (<u>Redação dada pelo Ato Institucional nº 14, de 1969</u>)</p>	<p>Art. 153, §11 - <u>Não haverá pena de morte</u>, de prisão <u>perpétua</u>, nem de <u>banimento</u>. Quanto à pena de morte, fica ressaltada a legislação penal aplicável em caso de <u>guerra externa</u>. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública. (<u>Redação da pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978</u>)</p>	

Outro direito importante sobre o tem dos presos diz respeito à individualização da pena. Nota-se que desde 1946 a Constituição Brasileira já determinava, ainda que de forma acanhada, a individualização da pena. A Constituição de 1988, além do previamente exposto, detalhou quais aspectos serão regulados por lei sobre esse direito e também das obrigações de reparação e perda bens.

CONSTITUIÇÃO 1946	CONSTITUIÇÃO 1967	CONSTITUIÇÃO 1969	CONSTITUIÇÃO 1988
<p>Art. 141, §29 - A lei penal regulará a <u>individualização da pena</u> (...)</p>	<p>Art. 150, §13 - Nenhuma pena passará da <u>pessoa do delinquente</u>. A lei regulará a <u>individualização da pena</u>.</p>	<p>Art. 153, §13 - Nenhuma pena passará da <u>pessoa do delinquente</u>. A lei regulará a <u>individualização da pena</u>.</p>	<p>Art. 5º, XLV - Nenhuma pena passará da <u>pessoa do condenado</u>, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;</p>

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

Art. 141, §30 - Nenhuma pena passará da <u>pessoa do delinquente</u>			Art. 5º, XLVI - A lei regulará a <u>individualização da pena</u> e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;
--	--	--	--

6. UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O CARÁTER OPRESSIVO A DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS VIGENTES DURANTE O REGIME MILITAR

A partir desta etapa do trabalho, o objetivo é responder o questionamento inicial: é possível dizer que as Constituições de 1967 e 1969 permitiam que o regime autoritário imposto pelo Golpe de 1964 no Brasil restringisse os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos?

Após a análise comparativa das quatro Constituições e dos seus referentes capítulos sobre “Direitos e Garantias Fundamentais” chegam-se a duas respostas: a primeira em defesa do Regime Militar e a segunda em defesa das garantias individuais.

Num primeiro olhar, é possível entender que as Constituições de 1967 e 1969 não restringiram de forma relevante e considerável os direitos fundamentais, permanecendo praticamente os mesmos das Constituições de 1946 e sendo usados em grande parte pela Constituição de 1988. Por outro lado, também é possível argumentar que alguns detalhes alterados pelas Constituições de 1967 e 1969 possibilitaram uma atuação discricionária por parte da Administração e, conseqüentemente, pelo Regime Militar de forma a não garantir meios de proteção contra as possíveis arbitrariedades perpetradas pelo Estado.

O primeiro olhar se baseia num exame sistêmico sobre as quatro Constituições no tocante aos direitos e garantias fundamentais. Numa possível defesa do Regime Militar, pode-se dizer que as Constituições de 1967 e 1969 não restringiram direitos fundamentais dos indivíduos de forma a beneficiar ou favorecer qualquer tipo de opressão contra os cidadãos e também não tiveram papel fundamental para a concretização do Regime Militar.

Diz-se isso, pois, as Constituições de 1967 e 1969 tiveram pouca alteração entre si e a maioria dos direitos já estava disposta na Constituição de 1946. Além disso, grande número deles foi também repetido e aproveitado pela Constituição de 1988. Há,

inclusive, direitos que não existiam e que foram acrescentados (ou consideravelmente aumentados) pelas Constituições de 1967e 1969.

Mais ainda, dentro do conjunto de direitos fundamentais, aquelas garantias que podem ser assim denominadas como essenciais e basilares para a defesa e exercício da dignidade da pessoa humana estavam sempre presentes. É o caso dos princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, da irretroatividade da lei penal, do direito de crença religiosa, convicção filosófica e política, do direito à inviolabilidade da casa, o direito de liberdade de associação para fins lícitos, o direito a inviolabilidade de consciência, de crença e o livre exercício dos cultos religiosos, o direito à liberdade de reunião, sem armas, mediante aviso prévio à autoridade competente, o direito à prisão somente em flagrante por ordem escrita da autoridade competente e a sua comunicação imediata ao juiz competente, o direito de individualização da pena e, não menos importante, o direito de não haver pena de morte, banimento, confisco ou de caráter perpétuo.

Além disso, a Constituição de 1967 aumentou consideravelmente (ou acrescentou) a proteção pormenorizada da igualdade (por diversos motivos, inclusive por convicções políticas), a proteção ao sigilo de correspondências e das comunicações telegráficas e telefônicas, do direito à liberdade de manifestação do pensamento, convicções políticas ou filosóficas, bem como o direito de resposta e também o direito a proteção à integridade física e moral do preso.

Como se não bastasse, no caso de haver qualquer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder e, da mesma forma, no caso de haver uma ilegalidade ou abuso de poder contra direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* era possível impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança, respectivamente. Ademais, pretendendo anular atos lesivos contra o patrimônio de entidades públicas, qualquer cidadão poderia propor ação popular.

Portanto, além dos diversos direitos presentes nas Constituições de 1967 e 1969 que estavam presentes nas de 1946 e 1988, elas também previam os meios necessários para exercê-los e protegê-los em caso de violação.

Contudo, dizer que as Constituições de 1967 e 1969 previam formalmente a proteção de direitos fundamentais e a possibilidade de exercê-los (através dos remédios constitucionais) não significa que elas não estiverem ajudando o Regime Militar instaurado no Brasil durante o período de 01 de abril de 1964 a 15 de março de 1985. A questão, então, é verificar se essas proteções aos direitos e garantias fundamentais trazidas pelas Constituições de 1967 e 1969 podem desvincular o Regime Militar da Constituição em si. Para isso, é preciso ter em mente as características principais do Estado Democrático de Direito e qual o papel da Constituição dentro desse sistema.

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

Na passagem do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, alguns princípios foram reestruturados de modo a transformar a realidade, ultrapassando o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem, passando a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada para à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência (STRECK, 2010, p. 97-98).

Ou seja, a proteção do cidadão, da sociedade e do povo, torna-se questão essencial para o Estado Democrático de Direito. A Constituição deve dirigir-se ao povo não como subpessoas, não como súditos, também não como no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano. A democracia é, portanto, também um *status negativus* democrático e um *status positivus* democrático. Representa ela um nexó necessário, um nexó legitimador com a organização da liberdade e da igualdade. Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa (MÜLLER, 2003, p. 115).

Assim, conforme resume Lenio Streck, (2010, p. 98-99) são princípios do Estado Democrático de Direito a (i) vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; (ii) organização democrática da sociedade; (iii) sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; (iv) Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; (v) igualdade não apenas como possibilidade formal, mas também como articulação de uma sociedade justa; (vi) divisão de poderes ou de funções; (vii) legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e prepotência e (viii) segurança e certezas jurídicas.

Obviamente, sabe-se que o Regime vigente no período de 01 de abril de 1964 até 15 de março de 1985 não era um Estado Democrático de Direito, mas sim um Regime Militar ditatorial e autoritário. Logo, qualquer matéria que a Constituição afirmasse poderia não ter eficácia frente às ações da Administração Pública.

Esse pressuposto remete à segunda forma de análise. Nela, através de uma análise específica de cada um dos direitos fundamentais (e não mais conjuntural e coletivo do rol), a conclusão é que essas alterações e inclusões presentes nas Constituições de 1967 e 1969 ajudaram na consolidação do regime autoritário.

Uma questão surge: haveria algum dispositivo em específico dentro do rol de proteções e garantias fundamentais das Constituições de 1967 e 1969 que pudesse dar (ou exonerar) poderes discricionários (e talvez arbitrários) em desfavor dos cidadãos?

No capítulo quatro (04) foram analisados aqueles direitos que foram diminuídos ou completamente excluídos pelas Constituições de 1967 e 1969. Além disso, há outros que tiveram a inclusão de termos abertos e genéricos, permitindo uma interpretação e valoração negativa dessas garantias. Citam-se: o direito à inviolabilidade da casa do indivíduo, o direito de liberdade de manifestação do pensamento, convicções políticas ou filosóficas, o direito de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de direito, o direito de ser processado e sentenciado por autoridade competente, os direitos inerentes ao Tribunal do Júri, o direito de liberdade de reunião, sem armas, mediante aviso prévio à autoridade competente, o direito de liberdade de consciência, de crença e o livre exercício de cultos religiosos, o direito de não haver pena de morte, confisco, banimento e de caráter perpétuo e a suspensão dos direitos políticos.

As aberturas constitucionais desses direitos previam, respectivamente, as seguintes exceções: (i) ninguém pode penetrar nela (**casa**) (...) a não ser em caso de crime ou desastre (...) e na forma que a lei estabelecer; (ii) Não há censura para o **pensamento, convicção política ou filosófica e prestação de informação** salvo quanto a diversões e espetáculos públicos³, (...). Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes⁴; (iii) o **ingresso em juízo** poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas (...) ⁵; (iv) a ausência do direito de que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"; (v) é mantida a instituição do júri, com competência de julgamento dos crimes dolosos contra a vida⁶; (vi) todos podem **reunir-se** sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem (...); (vii) é plena a **liberdade de consciência** e fica assegurado aos **crentes** o exercício dos **cultos religiosos**, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes; (viii) não haverá **pena de morte**, de **prisão perpétua**, de **banimento**, nem de **confisco**, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar⁷. A

³ A redação original prevista na Constituição de 1967 e alterada pela Constituição de 1969 era a seguinte: "salvo quanto a espetáculos de diversões públicas".

⁴ Este último, adicionado pela Constituição de 1969.

⁵ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977

⁶ Redação dada pela Constituição de 1969. Na Constituição de 1967, ao menos previa-se a soberania do júri, o que foi retirado do texto de 1969. Nas Constituições de 1946 e 1988 assegurava-se a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para crimes dolosos contra a vida.

⁷ As exceções foram adicionadas pelo Ato Institucional nº 14 de 1969. Na redação original da Constituição de 1967 só havia uma exceção (em caso de guerra externa), aplicável apenas à pena de morte. Estas exceções adicionadas pelo Ato Institucional nº 14 somente foram revogadas e a redação do artigo voltou a ser aquela original da Constituição de 1967 após Emenda Constitucional nº 11 de 1978, tendo, assim, as modificações e exceções vigorado de 1969 a 1978.

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública, cargo ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta⁸; (ix) O abuso de direito individual⁹ ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção¹⁰, importará **a suspensão daqueles direitos** de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.

No tocante ao direito da inviolabilidade da casa do indivíduo, nota-se que as Constituições de 1967 e 1969 aumentaram as exceções sem o consentimento do morador para as hipóteses de crime e desastre, o que foi suprimido pela Constituição de 1988 para conter somente flagrante delito e desastre. Tal detalhe é importante para o exercício da garantia. O que hoje já permite diversas discussões para o caso de "flagrante delito" como forma de violar a casa do indivíduo, mais ainda se imagina numa época na qual o único termo que delimitava a invasão fosse a palavra "**crime**". Logo, além de não precisar que este crime estivesse ocorrendo em flagrante, qualquer que fosse o crime definido pela legislação ordinária, o agente público (ou qualquer outra pessoa que quisesse exercer o direito no caso de flagrante) teria legitimidade para adentrar na casa do cidadão mesmo sem seu consentimento.

Já o direito de liberdade de manifestação do pensamento, convicção política ou filosófica estava presente na Constituição de 1946, tendo a Constituição de 1967 repetido e mantido em grande parte o texto em 1969 e, posteriormente, purificado em 1988. A diferença dos textos constitucionais está nas exceções e sanções (que foram excluídos em 1988). Eram sujeitos à censura os espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer. Além disso, o texto diz expressamente que "**não será tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe**". Esse texto da Constituição de 1967 foi alterado pela Constituição de 1969 e proibia também "**as publicações e exteriorizações contrárias a moral e aos bons costumes**". Percebe-se a clara discricionariedade de censura nos casos de espetáculos e diversões públicas e no caso das propagandas e publicações.

Da mesma forma, o Poder Judiciário, possível refreador dessa atuação, teve sua esfera de atuação contida. O texto constitucional contendo a expressão "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" esteve presente nas

⁸ A parte final sobre "cargo ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta" foi adicionado pelo Ato Institucional nº 14 de 1969, somente retirado pela Emenda Constitucional nº 11 de 1978. Logo, a modificação vigorou de 1969 a 1978.

⁹ A Constituição de 1967, na sua redação original, condicionava somente os direitos individuais referentes à manifestação do pensamento, convicção política e prestação de informação, ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, à livre reunião e à garantia de liberdade de associação.

¹⁰ A Constituição de 1966, na sua redação original, utilizava a expressão "para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção".

Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988. Contudo, através da Emenda nº 7 de 1977, que alterou a Constituição de 1969, este direito foi condicionado ao **exaurimento prévio das vias administrativas**. Ao passo que a esfera administrativa é mais célere e menos onerosa que o Poder Judiciário, este detém a garantia da imparcialidade, enquanto que na esfera administrativa, por ser parte interessada, a Administração atua no seu próprio interesse, nos limites que a lei lhe impõe. Há diversas outras diferenças entre o processo judicial e a esfera administrativa, mas o que é importante frisar neste momento é que as Constituições de 1967 e 1969, ao exigirem o exaurimento da esfera administrativa, estavam colocando sobre o indivíduo, durante um Regime Militar autoritário, o peso de lutar contra a Administração dentro do próprio território dela e não poderia recorrer ao Poder Judiciário caso desejasse.

Além disso, foi retirado do texto constitucional o texto de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Apesar de ter a previsão expressa de autoridade competente no caso de prisão, por ordem escrita, o processo e a sentença tratam de princípios ainda mais fundamentais. Sem esta previsão, na prática, a Constituição não garantiu o princípio do juiz e do promotor natural, previsto no art. 5º, XXXVII, CFRB/88. Com isso, o indivíduo poderia sofrer consequências de um processo ou sentença proferida por juízes ou tribunais incompetentes. Além disso, qualquer ato que fosse praticado por quem não tenha suas atribuições previstas em lei não seria declarado nulo, pois não previstos constitucionalmente. Não menos importante, estas garantias importam num processo acusatório, não inquisitório, no qual o juiz é parte e pode requerer a produção de provas e se manifestar como acusador. Dessa forma, ao não preverem estas garantias, as Constituições de 1967 e 1969 estavam possibilitando que qualquer intervenção em competência ou possíveis ações inquisitórias fossem realizadas, pois não havia restrição a elas¹¹.

Seguindo também o mesmo problema anterior de competência, as Constituições de 1967 e 1969 também reduziram drasticamente as garantias do Tribunal do Júri. O texto de 1969, por exemplo, só delimitava a competência para os crimes dolosos contra a vida, inclusive retirando a garantia de soberania do júri do texto de 1967. Em comparação com as Constituições de 1946 e 1988, sequer assegurava a **plenitude de defesa**, o **sigilo das votações** e a **soberania dos veredictos**. Estas exclusões, em realidade, acarretam um esvaziamento do instituto, ao passo que possibilita que juízes togados substituíssem os jurados na decisão da causa ou mesmo exercessem o *judicium*

¹¹ Esta garantia não deve ser entendida apenas como o juiz de sentença de primeiro grau, mas nele devem estar incluídos todos os juízes e tribunais chamados a intervir em determinado feito. Há algumas dimensões essenciais desse princípio: a) exigência de determinabilidade (prévia individualização através das leis gerais); garantia de uma justiça material (neutralidade e independência do juiz); princípio da fixação da competência (aplicação das regras decisivas para determinação do juiz da causa); a observância das determinações do procedimento referentes à divisão funcional interna (distribuição de processos). Nesse sentido, BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 Volume: arts 5 a 17. São Paulo: Saraiva, 2001.

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

rescindens e o *judicium rescisorium*, pois há impossibilidade de a decisão alicerçada em veredicto dos jurados ser subtraída (ou substituída) por outra sentença sem essa base (MARQUES, 1963, p. 40)¹².

Além disso, a ausência de proteção quanto ao sigilo de votação permitia que a opinião dos jurados não fosse resguardada, ficando desprotegida das interferências externas, especialmente do Regime Militar. E, agravando a situação, a inexistência de amparo constitucional para a plenitude de defesa fazia com que a acusação, a produção de provas e a publicidade, por exemplo, ficassem comprometidas através de um julgamento imparcial ou que tivesse em si resguardado as mesmas condições de defesa para o livre convencimento motivado do juiz.

No mesmo sentido, a liberdade de reunião, sem armas, mediante aviso prévio à autoridade competente e a liberdade de consciência, de crença e o livre exercício dos cultos religiosos também sofreram restrições. No caso da liberdade de reunião, sem armas, poderia a autoridade atuar como forma de “**manter a ordem**”. No caso do direito de liberdade de consciência e de crença seria pleno o exercício, desde que não contrariasse “**a ordem pública e os bons costumes**”. Assim, é possível ver o uso de expressões bastante abrangentes e discricionárias, permitindo à autoridade uma atuação abusiva em prol de conter a liberdade de expressão dos indivíduos.

Na sanção da prática das condutas, todas as Constituições analisadas afirmavam expressamente que não haveria pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco. Todas as Constituições, de forma semelhante, tinham como exceção para a pena de morte o caso de guerra externa. Porém, o Ato Institucional nº 14 de 1969 previu a ampliação dessas exceções para **guerra psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva**. Como esse texto ficou vigente até a Emenda Constitucional nº 11 de 1978, houve aproximadamente dez (10) anos de possibilidade de pena de morte para esses casos. Na prática, estas previsões permitiam que declarada a guerra (não necessariamente externa) de caráter revolucionário ou subversivo, poderia o Regime Militar adotar a pena de morte como forma de sanção para os crimes.

Por fim, a previsão sobre suspensão dos direitos políticos, além de ambígua quanto aos seus efeitos, é generalista quanto às suas causas. Na redação da Constituição de 1969, o abuso de qualquer direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importaria na suspensão "daqueles direitos". O

¹² Embora o Código de Processo Penal tenha a previsão de que se a "decisão dos jurados for manifestamente contrária a prova dos autos, (...) o réu será sujeito a novo julgamento" (art. 593, §3º, CPP), quando não há uma garantia de que a decisão do Tribunal do Júri é soberana, o entendimento sobre "novo julgamento" pode ensejar divergência interpretativa sobre a quem compete esta apreciação, até porque, conforme já analisado, não havia na Constituição de 1967 e 1969 a previsão do juiz natural e do processo e julgamento por autoridade competente, respectivamente, art. 5º, XXXVII e LIII da CFRB/88.

problema é que, além das diversas abrangências quanto aos termos "abuso", "qualquer direito individual ou político" e "**propósito de subversão do regime democrático**", o termo "daqueles direitos" poderia se referir tanto ao conjunto direitos individuais e políticos quanto apenas aos direitos políticos somente. No meio de diversos termos abrangentes e interpretações abertas, as possibilidades de serem usadas arbitrariamente eram altíssimas.

Assim, vale notar que esse conjunto de direitos acima relacionados e modificados pelas Constituições de 1967 e 1969 são de extrema importância para o exercício da autoridade do Estado, o controle da sociedade e possíveis revoltas do povo. Caso o Regime Militar quisesse exercer sua autoridade diante do povo de modo a garantir a permanência do poder e diminuir a resistência da oposição, certamente esses direitos seriam alguns dos principais a serem alterados.

O interessante é que os termos usados eram abertos e permitiam uma atuação genérica da Administração Pública. Isso é um problema quando se trata de direitos fundamentais. A previsão Constitucional é que, ao cidadão, é permitido fazer tudo que a lei não lhe obrigue. Porém, o uso de termos abertos em situações que a Constituição lhe permita (e garanta) determinado direito, em verdade, dá à Administração a previsão genérica de atuar contra o mesmo direito fundamental. Logo, retira-se toda a função que o direito garantiu. Ao final, torna-se um texto sem eficácia concreta.

Não por acaso, as garantias citadas acima remetem às principais formas de resistência que a sociedade teria a seu favor: inviolabilidade da sua casa, liberdade de pensamento, consciência, reunião e expressão, acesso à Justiça através do Poder Judiciário, competência de julgamento dos processos e também do Tribunal do Júri, bem como a proteção contra pena de morte e suspensão dos direitos fundamentais. Tais garantias tiveram adaptações ou alterações nas Constituições de 1967 e 1969 que possibilitaram um exercício discricionário da Administração.

Logo, por mais que se tenha um primeiro argumento afirmando que as Constituições de 1967 e 1969 estabeleceram um sistema completo de garantias e direitos aos cidadãos, tais assertivas não satisfazem completamente um ambiente democrático. Se num Estado Democrático de Direito o uso de expressões abertas e discricionárias já permite que haja diversos problemas em torno da intervenção excessiva nos direitos fundamentais, é especialmente no Regime Militar que essas expressões fazem a legitimação de uma intromissão legitimada através da Constituição Federal. Trata-se de uma estratégia de marketing garantista e libertário, mas que, por detrás, permite a atuação intervencionista e conservadora sobre o povo.

Assim, trazendo novamente a questão anteriormente levantada no texto: há algum dispositivo em específico dentro do rol de proteções e garantias fundamentais das

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

Constituições de 1967 e 1969 que pudesse dar ou exponenciar poderes discricionários e (talvez arbitrários) em desfavor dos cidadãos?

É possível entender que sim.

Os direitos acima abordados tratam de questões essenciais para o domínio das oposições e a manutenção do sistema. Restringem-se liberdades e permite-se o uso abstrato do poder contra garantias que poderiam implodir as bases do Regime Militar. Logo, nada mais lógico que conter a emanção dessa ideia (liberdade de consciência), a exteriorização do pensamento (liberdade de manifestação), a sua propagação (liberdade de reunião), dar discricionariedade para investigação de ideais contrários aos seus (inviolabilidade da casa), diminuir a possibilidade de controle pelos demais Poderes pelos seus atos praticados (apreciação pelo Poder Judiciário), não garantir o respeito à competência dos processos comuns, bem como a soberania do Tribunal do Júri, prever punições maiores de modo a desincentivar os indivíduos a se rebelarem contra o sistema (pena de morte, confisco, banimento e caráter perpétuo) e suspender os direitos políticos daqueles que tivessem o propósito de subverter a "democracia".

Dessa forma, pode-se dizer que a restrição e a permissão de atuação abstrata presente em alguns direitos específicos foi determinantes para a manutenção do sistema autoritário do Regime Militar.

7. CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi analisar as Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988 somente à luz do rol de direitos e garantias fundamentais. A comparação entre elas tinha o intuito de verificar a evolução dessas proteções e examinar qual a influência desse rol na manutenção do Regime Militar que vigeu no Brasil durante o período de 01 de abril de 1964 até 15 de março de 1985.

Foi elaborado um problema inicial: as Constituições de 1967 e 1969 permitiam que o regime autoritário imposto pelo Golpe de 1964 no Brasil restringisse os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos? Foram propostas duas formas de análise: a primeira concebia que o rol de direitos presentes nas Constituições de 1967 e 1969 protegia o cidadão e continha grande parte das garantias necessárias para o exercício democrático, além de prever o exercício e o controle desses direitos através do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular; já uma segunda interpretação entende que alguns direitos específicos tiveram algumas restrições em seu conteúdo ao possibilitarem uma atuação discricionária por parte da Administração Pública de modo a manter um sistema autoritário vigente durante o Regime Militar.

Logo, resta uma indagação final: sabendo que as Constituições de 1967 e 1969 continham grande parte das garantias necessárias para o exercício democrático por parte dos indivíduos e a possibilidade do questionar o Estado em caso de haver intervenções excessivas sobre esses direitos, é possível dizer que alguns direitos alguns específico, ao utilizarem essas expressões genéricas e abrangentes, permitiam uma atuação discricionária por parte da Administração, ajudando, assim, com o regime autoritário imposto pelo Golpe de 1964 no Brasil ao restringir os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos?

O posicionamento final adotado no presente estudo é que há esse estigma constitucional e, portanto, as Constituições de 1967 e 1969 colaboraram para a manutenção do Regime Militar vigente no Brasil a partir de 1964. Por mais que esta conclusão seja razoavelmente intuitiva para uma Constituição promulgada durante o Regime Militar, não se trata de uma mera dedução. Não é correto supor que o Regime Militar podia atuar de determinada forma mais arbitrária e, em razão disso, a Constituição vigente à época somente corroboraria um Estado de Direito. Os atos do Governo poderiam muito bem ser contrários à Constituição vigente e, tratando-se de uma Ditadura Militar, qualquer ato da Administração Pública poderia contrariar a Constituição e tornar ineficaz a diretriz constitucional.

No Brasil, contudo, as Constituições de 1946, 1967 e 1969 estavam vigentes durante o Regime Militar. Não houve revogação da Constituição de 1946 com o Golpe Militar de 1964. Inclusive, fizeram questão de promulgar uma nova Constituição em 1967 e, posteriormente, emendá-la em 1969. Logo, não se trata de uma mera dedução na qual as Constituições vigentes refletiam o regime no qual se enquadram. Tratava-se, na verdade, de uma indução, pois cada elemento constitutivo do Estado possui um papel, seja ele positivo, seja ele negativo.

No caso da Ditadura no Brasil, o objeto de questionamento deste estudo foi exatamente verificar o distanciamento (ou aproximação) entre a Constituição e o Regime Militar e se a primeira amparava ou não, através das suas disposições sobre direitos e garantias fundamentais, opressões e arbitrariedades produzidas pelo Governo.

Portanto, apesar de parecer intuitiva, a pretensão foi demonstrar que as alterações realizadas nas Constituições de 1967 e 1969 possibilitaram ao Governo atuações genéricas, restringindo direitos e garantias específicas, fazendo com que o Governo, durante a Ditadura Militar, tivesse o acobertamento da positivação do Direito para atuar discricionariamente e ter poderes arbitrários de acordo com sua necessidade casuística.

8. BIBLIOGRAFIA

DE QUE LADO A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA ESTAVA? UMA ANÁLISE DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS VIGENTE DURANTE O REGIME MILITAR NO BRASIL (1964-1985)

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 Volume: arts 5 a 17. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

KRIELE, Martin. **Introducción a la teoria Del Estado**. Buenos Aires: Depalma, 1980.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Ed. Max Limonad. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Ciencia política e teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: AVANÇOS E DESAFIOS

*NEW CONSTITUTIONALISM AND THE CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL
LAW: ADVANCES AND CHALLENGES*

HAMILTON GONÇALVES FERRAZ¹

RESUMO: O presente artigo estuda os fenômenos do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito relacionados ao direito penal brasileiro, apresentando as particularidades destes fenômenos no âmbito criminal, destacando pontos de avanço e desafios que se impõem a partir do novo cenário jurídico contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal. Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Constitucionalização.

ABSTRACT: This paper studies new conceptions of constitutionalism and constitutionalisation of law related to Brazilian criminal law, presenting particularities of such phenomena in the criminal area, emphasizing improvements and challenges put on by the contemporary legal scenario.

KEYWORDS: Criminal law. Constitutional law. New Constitutionalism. Constitutionalisation.

1. INTRODUÇÃO

Contando com pouco mais de 25 anos, a Constituição de 1988 trouxe para o cenário jurídico brasileiro mais do que promessas, novos paradigmas e novos institutos jurídicos; trouxe novas práticas e novas mentalidades jurídicas (e mesmo éticas) aos estudiosos e operadores do direito. Isso se faz notar a partir de um mero retrato panorâmico do direito brasileiro: uma vasta produção acadêmica em temas sensíveis como a dignidade da pessoa humana, as dimensões e aplicações do princípio da proporcionalidade, controle judicial de políticas públicas, entre outros temas de estudo; intensa aplicação judicial proativa de cláusulas abertas e princípios com maior grau de abstração (o que leva à discussão entre ativismo judicial e

¹ Mestre em Direito Penal e Bacharel pela UERJ

judicialização da política¹) e, conseqüentemente, mais vigor no que concerne ao exercício do controle de constitucionalidade, seja pela via incidental, seja por via concentrada.

Nesse contexto, cada um dos ramos do direito é influenciado, repensado e reconstruído à luz de novos paradigmas, e no direito penal não é diferente.

Propõe-se, portanto, a estudar o direito penal brasileiro considerando esse novo ambiente de ideias e práticas. A partir do breve estudo dos fenômenos do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito, serão apresentadas as dimensões e perspectivas abertas às ciências criminais brasileiras para que, ao final, seja possível fazer um balanço entre os avanços conquistados até o momento e os desafios que surgem ou permanecem nessa constante tarefa de edificação de uma ciência jurídico-penal no marco de um Estado Democrático de Direito comprometido com a transformação da realidade social subjacente.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

2.1 O neoconstitucionalismo e seus principais contornos teóricos

Na leitura de Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo ou “novo direito constitucional” significa um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, tomando por marco histórico o final da Segunda Guerra Mundial e a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu nas duas últimas décadas finais do século XX; por marco filosófico o chamado “pós-positivismo”, centrado nos direitos fundamentais e reaproximando o direito da ética; e por marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional².

Por outro lado, Lênio Streck se mostra cético quanto ao uso do termo. Uma vez que a expressão se mostra plurívoca e controversa, muitas vezes abre-se margem a toda sorte de arbitrariedades, e, por isso, Streck postula que melhor opção seria o abandono do termo em prol do fortalecimento de uma teoria pós-positivista que permita o controle da discricionariedade judicial e mantenha hígida a separação entre direito e moral, com o

¹ Acerca da discussão, por todos, conferir BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª Ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.363-378.

² *Idem*. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 9, p. 11, mar./abr./maio. 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 06 set. 2015.

diferencial de se reelaborar, com maior vigor, uma hermenêutica (constitucional) mais rigorosa³.

Daniel Sarmento pontua que, na verdade, a palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, tampouco no cenário alemão, sendo um conceito formulado em especial na Espanha e na Itália, e que possui como referência fundamental a importante coletânea “Neoconstitucionalismo(s)”, organizada por Miguel Carbonell, publicada em 2003 na Espanha⁴. É verdade que se trata de um movimento bastante heterogêneo, mas é possível delinear suas principais características: (i) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; (ii) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.; (iii) constitucionalização do direito, com a irradiação de normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (iv) reaproximação entre direito e moral; e (v) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário⁵.

Não se desconhece as críticas ao neoconstitucionalismo, sobretudo as que observam que a ênfase na aplicação de princípios constitucionais e na técnica da ponderação termina em instaurar uma “anarquia metodológica”, alimentar o decisionismo judicial, gerando assim insegurança jurídica⁶. Essas críticas devem ser levadas a sério, ainda mais se estamos na seara do direito penal (e do nosso sistema penal real), em que o decisionismo e a insegurança jurídica podem afetar de forma brutal e estigmatizante a vida de milhares de pessoas, seja por prisões ilegais, condenações desmesuradas, ou supressão de direitos e garantias constitucionais. Contudo, desde que se preze por um constitucionalismo que, sem diminuir o papel das instâncias democráticas na definição do direito, reconheça e valorize a expansividade das normas constitucionais pelo ordenamento, a invocação fundamentada e racional (e, por isso, controlável) dos princípios jurídicos, bem como a atuação judicial para proteção e promoção dos direitos fundamentais e da democracia, este neoconstitucionalismo pode ser defendido e promovido, ainda mais em nosso país, que conta com uma história constitucional tão frágil e uma realidade social tão violentamente desigual.

³ STRECK, Lênio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo e ENGELMANN (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 122-127; 139-141.

⁴ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>, p. 1. Acesso em 04 set. 2015.

⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 202-203.

⁶ *Idem*, p. 206.

2.2 Constitucionalização do direito: o retrato de um fenômeno em curso

Conforme Luís Roberto Barroso, a ideia de constitucionalização do direito é associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, repercutindo sobre a atuação dos Três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares⁷. A constitucionalização é obra precípua da jurisdição constitucional, que realiza concretamente a supremacia formal e axiológica da constituição⁸.

A constitucionalização do direito é, hoje, uma realidade, sendo difícil encontrar algum processo judicial em que não tenha sido invocado algum dispositivo constitucional⁹. Sarmiento e Souza Neto enumeram três ordens de causas que podem ajudar a compreender o fenômeno: (i) ampliou-se as tarefas das constituições, que, a partir do advento do Estado social, deixaram de tratar apenas da organização do Estado e de direitos individuais, passando a disciplinar muitos outros temas, como economia, família, meio ambiente, entre outros; (ii) sedimentou-se a ideia de que a constituição é norma jurídica e não mera proclamação política, o que se relaciona com a difusão e fortalecimento da jurisdição constitucional; (iii) com o advento da nova ordem constitucional, construiu-se (e ainda se constrói) uma cultura jurídica que passou a valorizar cada vez mais os princípios, como verdadeiras normas jurídicas com grande importância para o sistema, capazes de dirigir a interpretação de regras mais específicas¹⁰.

Neste ponto, interessa trabalhar as dimensões da constitucionalização hoje em voga e que auxiliam a compreender o fenômeno de forma mais detida; embora não seja pacífico, verificam-se, consoante lição de Louis Favoreu, três formas ou espécies de constitucionalização: (i) constitucionalização-inclusão; (ii) constitucionalização-releitura e (iii) constitucionalização-juridicização¹¹.

A constitucionalização-inclusão (também chamada de “constitucionalização-elevação”) é caracterizada por uma mudança observada quanto ao sistema de fontes ou da produção de normas¹², consistindo no tratamento pela Constituição de temas antes disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados¹³; é uma espécie de “deslizamento”

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 12.

⁸ *Idem*. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 403.

⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁰ *Idem*, p. 40.

¹¹ FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: MATHIEU, Bertrand; Verpeaux, Michel. **La constitutionnalisation des branches du droit**. Paris: Economica, 1998, p.190-192. Esta classificação não é unanimemente aceita; Sarmiento e Souza Neto trabalham apenas com as duas primeiras espécies (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 40 e 43); Siddharta Legale lança mão das três subcategorias (FERREIRA, Siddharta Legale. Constitucionalização do direito tributário: a justiça fiscal numa visão liberal-igualitária. **Revista da FESDT**, n.8, p.201-204, jan./jun, 2012.). Com todas as vênias a Sarmiento e Souza Neto, prefere-se seguir a classificação tripartite, por ser mais didática e permitir uma abordagem mais ampla da questão.

¹² FAVOREU, Louis. *Op.cit.*, p.191.

¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel, *Op.cit.*, p. 41.

de matérias na repartição de competências entre a Constituição, a lei e o regulamento, fazendo assim as espécies normativas sofrerem uma alteração em seu campo de atuação¹⁴.

A constitucionalização-releitura (“constitucionalização-transformação”) liga-se a uma consequência da propensão dos princípios constitucionais de projetarem uma eficácia irradiante, passando a nortear a interpretação da ordem jurídica, submetendo preceitos legais, conceitos, institutos dos mais variados ramos a uma filtragem constitucional, o que muda sua compreensão e aplicações concretas¹⁵. As noções de direitos fundamentais e democracia ganham especial relevo¹⁶, já que se constitucionalizam direitos e liberdades, o que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito e, ao mesmo tempo, à sua transformação¹⁷.

Por fim, a constitucionalização-judicialização, afeta essencialmente ao direito constitucional institucional¹⁸, indica um processo de judicialização da própria constituição, ou seja, suas normas passam a ser judicializáveis, aplicadas diretamente como normas jurídicas¹⁹; isso implica, na prática, que o conteúdo da Constituição passou a ser visto também no desenvolvimento dos precedentes das Cortes, fazendo com que a jurisprudência assumisse um papel de destaque²⁰.

Feita esta breve exposição, deve-se verificar de que forma o direito penal se insere neste fenômeno.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: DIMENSÕES E PERSPECTIVAS

Interessante perceber que, embora se esteja a estudar a constitucionalização do direito penal no cenário contemporâneo, direito penal e direito constitucional sempre estiveram historicamente vinculados. Batista e Zaffaroni afirmam que os dois saberes são dinamicamente ligados, uma vez que o direito constitucional avança em uma constante luta contra o descontrole do poder, que se vale da racionalização de dispositivos penais, sendo mesmo possível perceber que o direito penal constitucional, as disposições penais constitucionais precedem ao saber do direito penal²¹. De fato, pode-se caracterizar o direito

¹⁴ LIMA, Jairo Néia e CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Os efeitos irradiantes da constituição sobre o direito privado: seu processo de constitucionalização.** Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6A-b6abAMNUJ:periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/1873/1415+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em 04 set. 2015, p. 462.

¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel, *Op.cit.*, p. 41.

¹⁶ FERREIRA, Siddharta Legale, *Op.cit.*, p. 202.

¹⁷ FAVOREU, Loïs. *Op.cit.*, p. 191.

¹⁸ *Loc.cit.*

¹⁹ LIMA, Jairo Néia e CAMBI, Eduardo Augusto Salomão, *Op.cit.*, p. 462.

²⁰ FERREIRA, Siddharta Legale. *Op.cit.*, p. 204.

²¹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**, I. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 319.

penal como um apêndice do direito constitucional, em razão de ser o instrumento de contenção do estado de polícia encapsulado dentro de todo estado de direito historicamente dado²².

Entretanto, embora nascidos no mesmo berço histórico, político e econômico, apenas recentemente, já num contexto neoconstitucionalista, os dois ramos do saber jurídico passaram a interagir de forma mais intensa e expressiva. Dessa forma, passa-se a estudar de que maneira cada subespécie de constitucionalização pode ser observada no direito penal contemporâneo.

3.1 A constitucionalização-inclusão e os mandados de criminalização

Um traço bastante comum das constituições do pós-guerra, de modo geral, é seu caráter analítico e o alto grau de complexidade de suas disposições – em suma, são constituições grandes e promissoras, que estipulam objetivos e compromissos com a realização do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 se insere neste contexto. Além de incluir em suas disposições matérias relativas a direito civil, administrativo, tributário, no direito penal ela não se limitou a traçar as garantias e direitos individuais, de forma limitativa; de forma inédita, nossa Constituição estabeleceu uma série de dispositivos criminalizantes, comumente chamados de “mandados de criminalização”.

Percebe Salo de Carvalho que nossa Constituição trouxe uma pauta criminalizadora, repleta de “normas penais programáticas”, que gerou, durante a década de 90, profunda expansão do direito penal e da criminalização no Brasil, ampliando, de forma inédita, os tipos penais²³. Temas como a proteção de minorias raciais, a criança e adolescente, o idoso, meio ambiente, sistema econômico e tributário, crimes hediondos, tráfico de drogas, todos receberam tutela penal²⁴, criando, dessa forma, num país de matrizes jurídicas profundamente autoritárias²⁵, as condições normativas ideais para a hipercriminalização e o encarceramento em massa, que hoje nos colocam titulares da 4ª maior população encarcerada do mundo ²⁶.

²² *Idem*, *ibidem*.

²³ CARVALHO, Salo de. A Política Proibicionista e o Agigantamento do Sistema Penal nas Formações do Capitalismo Pós-industrial e Globalizado. In: Maria Lúcia Karam. (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças do Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 124.

²⁴ *Idem*, p. 125.

²⁵ Sobre isto, imprescindível BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, I. Rio de Janeiro: instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000; FRAGOSO, Cristiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.261-384; CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁶ Conforme dados recentes do International Center for Prison Studies. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em 04 set. 2015.

Claro que esse cenário se deve, dentre inúmeros outros fatores, à própria atuação dos atores do sistema penal (Polícia, Ministério Público e Judiciário), diretamente responsáveis pelos mecanismos de criminalização secundária²⁷; mas é inegável que a constitucionalização-inclusão promovida pela Carta de 1988, no que diz respeito ao direito penal, deu status constitucional a programas criminalizantes das mais variadas espécies, o que, por um lado, implica não só em expansão de poder punitivo, como traz, para o âmbito jurídico-teórico, importantes discussões no sentido da conformação constitucional do direito penal, seja pelo incremento da criminalização de determinadas condutas, seja pela limitação ou mesmo supressão de crimes que não mais se sustentam no marco de uma ordem constitucional democrática. É o fenômeno da constitucionalização-releitura, que, no direito penal, se procede no âmbito da teoria do bem jurídico, nas teorias da pena e no estudo dos princípios penais fundamentais.

3.2 A constitucionalização-releitura: o bem jurídico e as teorias da pena

3.2.1 O bem jurídico e sua releitura constitucional

De modo geral, o direito constitucional elabora e teoriza o direito penal principalmente a partir do bem jurídico.

Contudo, antes mesmo de se conceber a ideia de bem jurídico, o penalismo ilustrado travava uma “guerra teórica” acerca da legitimação das normas penais e do conceito de crime. Buscava-se combater a noção de delito como mera violação a uma norma jurídica, e é nesse contexto que o pensamento de Feuerbach despontaria, afirmando ser este a afronta a um direito subjetivo de outrem²⁸. O Estado não poderia, assim, incriminar qualquer conduta, mas apenas aquelas que implicassem um dano social²⁹.

Essa concepção, fortemente ancorada em um paradigma jusnaturalista, começa a sofrer oposição e a ideia de tutela de um bem jurídico passa a ser construída no século XIX, em 1834, com Birnbaum³⁰. Afirmava-se assim que o crime era, em sua essência, lesão ou periclitamento de um bem (do indivíduo ou do corpo social), garantido pelo Estado³¹. É iniciada, assim, a ruptura com os postulados iluministas, conferindo uma função crítica, e ao mesmo tempo legitimadora das leis, assumindo-se, na leitura de Knut Amelung, um novo paradigma positivista, de referência sistêmico-social³².

²⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Op. cit.*, p. 46-57.

²⁸ SÁ, Ana Luíza Barbosa de. **Controle racional das normas de direito penal econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 72.

²⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª Ed, rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 183.

³⁰ SÁ, Ana Luíza Barbosa de, *Op. cit.* p. 72.

³¹ FRAGOSO, Heleno. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 36.

³² SÁ, Ana Luíza Barbosa de. *Op. cit.*, p. 73-74.

É justamente no positivismo que o bem jurídico ganhará mais robustez teórica. Essa corrente de pensamento se subdivide, basicamente, em duas correntes: o positivismo normativista de Binding; e o positivismo naturalista de Von Liszt³³. Bem jurídico, para o primeiro, era:

Tudo o que tem valor aos olhos do legislador, cuja serena preservação ele deve assegurar por meio das normas. Bens jurídicos não são apenas a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, a honra sexual de cada indivíduo, como também seus créditos, os objetos de direito real, a autenticidade e a veracidade dos meios de prova assim como dos sinais notariais, a autoridade das repartições públicas, o território nacional, a força bélica dos Estados durante a guerra: de maneira curta, tudo o que configure objeto de um ataque delituoso, com exceção do direito de obediência dos Estados.³⁴

Karl Binding defendia, dessa forma, uma concepção de bem jurídico que se reduzia, basicamente, à vontade declarada do Estado³⁵. Von Liszt, por sua vez, sustentava que

Em todo o direito está a vontade das pessoas; seus interesses, tanto individuais quanto coletivos, devem ser protegidos e cuidados por meio das regras de Direito. Os interesses juridicamente protegidos são chamados de bens jurídicos³⁶.

Sucedendo o positivismo, surge o neokantismo, que, embora não muito diferente da corrente anterior, trabalharia com um puro juízo normativo, substituindo a noção material de bem pela noção de valor cultural (hipotético), que habitaria os imperativos e proibições da norma³⁷. As concepções são teleológicas, caracterizando-se o bem jurídico como o próprio fim da norma incriminadora, sem qualquer função limitadora; o resultado dessa concepção é a história que fala por si, já que foi utilizada por ideais totalitários, tais como os defendidos pela escola de Kiel no regime nacional socialista³⁸.

No pós-guerra, a partir das reações ao positivismo jurídico, tido como legitimador do autoritarismo, surge o pensamento de Max Ernst Mayer, que buscou restabelecer o conteúdo do bem jurídico, restaurando o seu papel de elemento nuclear do injusto, mas ainda fazendo depender o conceito de bem jurídico das normas de cultura, concebidas como um substrato pré-jurídico de qualquer processo legislativo, delineando-se, assim, a sua ontologicidade, melhor desenvolvida por Hans Welzel no âmbito do finalismo³⁹.

³³ SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Op. cit.*, p. 76.

³⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

³⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 187.

³⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 79.

³⁷ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 189.

³⁸ SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Op. cit.*, p. 78-79.

³⁹ TAVARES, Juarez; *Op. cit.*, p. 190.

Welzel, inaugurando uma visão ontológica de bem jurídico, manteve o sentido de objeto de proteção da norma neokantiano, mas deu preferência aos chamados valores ético-sociais; foi, na verdade, uma tentativa de se rediscutir um novo programa de direito natural como fundamento à sua teoria do bem jurídico ⁴⁰.

O movimento teórico seguinte (e mais atual) é o funcionalismo, que se subdivide em três grupos: estrutural, funcional-próprio e funcional-impróprio⁴¹.

O modelo funcional-estruturalista, que encontra um destacado representante na figura de Muñoz Conde, entende ser a norma penal um instrumento de controle social, pelo qual se assegura e, ao mesmo tempo, se legitima o autocontrole do poder político; visa-se garantir a reprodução do sistema, sua estabilidade e, socialmente, a convivência; o modelo funcional-próprio, representado aqui pelo pensamento de Jakobs, parte do pressuposto de que à norma penal só interessa assegurar a expectativa de uma conduta correta, identificando-se os bens jurídicos com a validade fática das normas, das quais se possa esperar a proteção dos bens, das funções e da paz jurídica; por último, o modelo funcional-impróprio é associado à teoria de Roxin, que pretende revitalizar o conceito de bem jurídico a partir de uma base de política criminal ancorada nos preceitos da Constituição, definindo bem jurídico, como os “dados da realidade ou determinados objetivos, úteis ao funcionamento do sistema, ou ao indivíduo, e ao seu livre desenvolvimento nos limites de um sistema global” ⁴².

Toda construção teórica possui suas virtudes e defeitos; entretanto, é fora de dúvida que a inevitável inserção do direito penal no bojo da Constituição promove, nesta seara, o fenômeno da constitucionalização-releitura, devendo-se analisar o bem jurídico a partir da ordem constitucional.

De acordo com Janaina Conceição Paschoal⁴³, surgem teorias segundo as quais é a Constituição que reflete os referidos bens; ou seja, tendo-se em vista o fato de ser a Carta o documento que reúne os valores mais caros para uma sociedade, é nela que o legislador se deve pautar quando da escolha dos bens a serem tratados pelo direito penal. A dedução, dessa forma, é possível: o constituinte buscaria os bens jurídico-penais na sociedade para então o legislador os retirar da Constituição.

No entanto, afirmar que a Constituição consagra direitos fundamentais, que tomam a forma de bens jurídicos e que estes, por sua vez, devem ser protegidos ou tutelados pelo direito penal não é suficiente. É preciso ir além e questionar se a Constituição indicaria ao intérprete que a função do direito penal deveria ser a de proteção a bens jurídicos, se seria este o seu

⁴⁰ *Idem*, p. 191-192.

⁴¹ *Idem*, p. 195.

⁴² *Idem*, p.195-197

⁴³ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 49.

projeto político-criminal e se o bem jurídico seria a forma linguística penal que deveriam assumir os direitos fundamentais.

No presente contexto constitucional, em que se demanda a máxima efetividade, o conteúdo material dos bens jurídicos deve guardar alguma relação de correspondência com os direitos fundamentais, valendo destacar a posição de Jorge de Figueiredo Dias, que entende que “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica”⁴⁴.

Este é o ponto mais delicado da interseção entre direito penal e direito constitucional, uma vez que se demanda um norte interpretativo, uma direção a se seguir. Há várias maneiras diferentes de se resolver o problema; de nossa parte, que partimos de uma premissa garantista (que entendemos estar consagrada constitucionalmente)⁴⁵, que busca a limitação do poder de punir do Estado, parece adequado que se considere que o direito penal deve ficar restrito aos direitos fundamentais⁴⁶, conteúdo axiológico-normativo dos bens jurídicos. Na relação entre a Constituição e o direito penal se discute se aquela constitui um limite negativo, ou seja, significando que toda criminalização, ainda que busque um valor ou bem não albergado na Constituição, poderia ser admitida desde que não desrespeitasse frontalmente o texto constitucional; ou se a Carta constituiria um limite positivo ao direito penal, conformando a criminalização somente em vista dos bens reconhecidos pela Constituição como caros a uma determinada sociedade⁴⁷.

Dentro do segundo posicionamento, encontram-se duas subdivisões: se o direito penal figura como potencial espelho da Constituição, em que todo e qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de proteção penal, independentemente de sua natureza ou do lugar que ocupe na escala de valores constitucionais; ou se ele, na verdade, aparece como instrumento de tutela a direitos fundamentais, em que não basta estar um bem albergado pela ordem constitucional para que seja digno de tutela penal, devendo também ostentar a natureza de direito fundamental⁴⁸.

O melhor entendimento deve ser aquele que parte da premissa de que o bem jurídico deve ter um conteúdo axiológico-normativo de direito fundamental, e, assim, outra não pode ser senão a conclusão de que a Constituição, num marco garantista de limitação, deve figurar

⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como Crítica da Pena**: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 252.

⁴⁵ Sobre isto, conferir FERRAZ, Hamilton e GLIOCHE, Patrícia Glioche Béze. Reflexões sobre o garantismo positivo. In: MELLO, Cleyson de Moraes e MARTINS, Vanderlei (org.). **Direito em movimento**. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2015, p. 44 e 57.

⁴⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Op. cit.*, p. 68.

⁴⁷ *Idem*, p. 55 e 59.

⁴⁸ *Idem*, p. 60-63.

como limite positivo ao direito penal⁴⁹, devendo este ser um instrumento em prol de direitos fundamentais.

3.2.2 As teorias da pena e a Constituição

Tema tradicionalmente estudado no âmbito do direito penal⁵⁰, as teorias da pena constituem o principal pilar sobre o qual se ergue a estruturação teórica dos mais variados institutos do direito penal. Com efeito, seja no âmbito da teoria do delito, seja na própria aplicação da pena, todo o saber jurídico-penal é afetado, direta ou indiretamente, pela concepção que se sustenta em relação à pena.

A partir do momento em que a Constituição interpenetra o direito penal, a discussão acerca das finalidades, propósitos e justificativas da pena passa a ser informada pelo que a Constituição consagra ou não na matéria.

Em abordagem crítica, Salo de Carvalho⁵¹ percebe que a Constituição de 1988 merece uma análise diferenciada. Isto porque, diferentemente das Constituições espanhola (1978) e italiana (1947), por exemplo, a nossa Carta não trata expressamente da fundamentação da pena. Na Espanha, a Constituição estabelece a reeducação e a reinserção social, condicionando a limitação dos direitos fundamentais do condenado àquela finalidade; na Itália determina-se como função da pena a reeducação do condenado⁵²; e, vale destacar a própria Constituição portuguesa (1976), em seu art. 2º, quando aponta que as restrições de direitos só se justificam se necessárias para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Nossa Constituição se insere no mesmo contexto das constituições apontadas e não trouxe qualquer disposição do tipo no que se refere à pena. Na verdade, nosso constituinte abdicou da resposta ao “por que punir” e direcionou seus esforços para delimitar o “como punir”. Observa o professor que o delineamento das penas em momento algum flerta com fins, funções ou justificativas, indicando apenas meios para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado⁵³; nesse sentido, sustenta que a Constituição de 1988, de maneira

⁴⁹ *Idem*, p. 68.

⁵⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Op. cit.* p. 108-130; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4ª Ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.230-324; CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 37-155;

⁵¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 259.

⁵² *Idem*, p. 260.

⁵³ *Idem, ibidem.*

peculiar, consagra uma perspectiva agnóstica⁵⁴, de redução de danos, em matéria de direito penal⁵⁵.

No mesmo sentido, Rodrigo Roig aponta ainda que, partindo do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas, e que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que promova o bem de todos é incompatível com a habilitação desmesurada e irracional de poder punitivo, pode-se concluir pela existência de um autêntico dever jurídico-constitucional, por parte das agências jurídicas, de minimização da intensidade de afetação do poder punitivo sobre o indivíduo⁵⁶, devendo-se considerar não recepcionadas pela Constituição as finalidades de retribuição ou prevenção⁵⁷.

Entretanto, esta visão, que ora se adota, é francamente minoritária; majoritariamente, constitucionalistas e penalistas contemporâneos sustentam que a Constituição impõe à pena uma função protetiva, de tutela de bens jurídicos fundamentais⁵⁸. Este entendimento faz significativa diferença para a estruturação e elaboração teórica do direito penal, implicando na aceitação de certas posições em detrimento de outras, e na determinação de quais interpretações jurídico-penais são compatíveis ou não com a Constituição.

3.2.3 O direito penal e os princípios: a introdução de novos standards interpretativos e releituras constitucionais dos princípios penais

Deve-se admitir que, no direito penal, as grandes discussões de teoria e filosofia do direito, hermenêutica, teoria da argumentação e teoria do discurso, no que diz respeito à questão do tratamento de princípios e regras, ainda são novidade e sua recente introdução no ambiente jurídico-penal se deve principalmente graças ao fenômeno da constitucionalização-releitura.

⁵⁴ A chamada “teoria agnóstica (ou negativa) da pena”, edificada por Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, sustenta ser a pena uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. Cuida-se de um conceito negativo, uma vez que não concede qualquer função positiva à pena; e é obtido por exclusão, já que é uma coerção que não se enquadra nem num modelo reparador ou administrativo direto. É também uma perspectiva agnóstica quanto à sua função, pois confessa não conhece-la (BATISTA, Nilo; Zaffaroni, Eugenio Raúl et. al. *Op. cit.* p.99). Tem antecedente histórico em Tobias Barreto, em seu “fundamentos do direito de punir” (1884), que pontuava: “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra” (CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 156). Zaffaroni resgatou Tobias Barreto, formulando sua chamada “regra de três”: o direito penal está para a pena assim como o direito internacional humanitário está para a guerra (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.268).

⁵⁵ *Idem*, p. 261.

⁵⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 22.

⁵⁷ *Idem*. **Execução penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 24.

⁵⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 60; STRECK, Lênio Luiz. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>, Acesso em 04 set. 2015, p. 5; PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 54; SÁ, Ana Luíza Barbosa de. *Op.cit.*, p.67-68, TAVARES, Juarez. *Op.cit.*, p.216, BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14-15.

Com o risco de aparentar um simplismo excessivo, podemos dizer que, no direito, teorias consistem, também, em instrumentos orientados a determinados fins. E esta colocação vale igualmente para a teoria dos princípios. É uma afirmação de certa forma incômoda, mas necessária de ser feita, sobretudo se considerarmos a experiência histórica nazista, onde foi possível a construção de um direito penal ancorado não na legalidade estrita, mas em seu exato oposto e seus subprincípios estruturantes de todo aquele ordenamento⁵⁹.

Outra observação digna de nota é que, dado o caráter transitório e provisório dos princípios⁶⁰, a imagem que deles pode ser feita é a de premissas arbitrariamente tomadas, a partir das quais, contudo, no esclarecimento e reconstrução das normas jurídicas, se podem estabelecer articulações lógicas⁶¹.

Seja como for, os princípios básicos em matéria penal guardam um sentido programático e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa se elaborar o direito penal de um estado de direito democrático⁶². Para que se possa construir esta elaboração, num marco garantista, deve-se reiterar a tarefa do direito penal, e esta só pode ser a contenção e filtragem da irracionalidade e violência do poder punitivo⁶³. Contudo, se este (o poder punitivo) é um fato político dotado de força irracional, tal contenção e filtragem deve ser racional para compensar, até onde puder, sua violência seletiva⁶⁴. E aqui se inserem os princípios jurídicos, instrumentos que terão a função de controlar o arbítrio, o decisionismo e capazes de proporcionar a responsabilização ético-política dos atores jurídicos.

Sublinhamos a observação de Sarmento e Souza Neto quando concluem que, de fato, não existe um único critério “certo” para distinguir princípios de regras, uma vez que as convenções linguísticas existentes no campo do direito ainda não se estabilizaram nesta matéria a ponto de se definir um único sentido técnico e preciso para estas expressões, devendo-se ter cuidado nos critérios de diferenciação, já que importam em composições sistêmicas e consequências jurídicas distintas⁶⁵.

Dessa forma, como a questão ainda está em aberto, emprega-se a distinção elaborada por Robert Alexy⁶⁶, incorporando as ressalvas dos professores Sarmento e Souza Neto⁶⁷. Ou seja, princípios são “mandados de otimização”, que devem ser cumpridos na maior medida

⁵⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 63. Adverte-se a ressalva jusnaturalista de não se pretender chamar aquele ordenamento de “direito”, assumindo em maior ou menor medida a “fórmula de Radbruch”, segundo a qual direito injusto é direito nulo (RADBRUCH, Gustav. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar, S.A. de Ediciones, 1971, p. 14.)

⁶⁰ _____; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Op.cit.*, p. 201.

⁶¹ _____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 63.

⁶² *Idem*, p. 61 e 62.

⁶³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Op.cit.*, p. 25.

⁶⁴ *Loc.cit.*

⁶⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 384.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 85-141.

⁶⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 385.

possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso, relacionadas a possíveis colisões com princípios contrapostos; já as regras não podem ser cumpridas de modo gradual, apenas integralmente ou não; em caso de conflito, os princípios admitem ponderação; com as regras, procede-se à invalidação de uma delas ou do reconhecimento de sua não incidência ao caso; ressalva-se que, mesmo em casos excepcionais e com um pesado ônus argumentativo, até as regras constitucionais podem sujeitar-se a ponderações⁶⁸.

Posto isso, verifica-se que o direito penal vem sofrendo grandes transformações em função de novos estudos e compreensões de princípios fundamentais – notadamente, a dignidade da pessoa humana⁶⁹, que se encontra no âmago da discussão da ADPF 347, que busca a declaração do estado de coisas inconstitucional⁷⁰ do sistema prisional brasileiro; bem como o princípio da proporcionalidade, que, tradicionalmente estudado como a proporcionalidade entre delitos (lesões) e penas, seja em sede de legislação, aplicação e execução da pena⁷¹, passa a adquirir o sentido de regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, que objetiva fornecer subsídios para a atividade jurisprudencial⁷², assumindo também, nos mesmos moldes dos direitos fundamentais, uma dupla dimensão⁷³, isto é, um viés negativo, de contenção, de limite aos limites, chamado de proibição do excesso, a conter o arbítrio dos governantes; e um viés positivo, afirmativo, no bojo da compreensão de que é papel do Estado atuar positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, podendo ser até mesmo utilizado para combater a inércia ou a atuação deficiente do Estado em prol de bens jurídicos tutelados pela Constituição, como proibição da proteção deficiente⁷⁴.

Delineadas as principais linhas da constitucionalização-releitura no direito penal, passa-se à terceira forma de constitucionalização, de maneira a observar a atuação concreta de nossa jurisprudência, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

3.3 A constitucionalização-juridicização: breves anotações da jurisdição penal-constitucional brasileira⁷⁵

⁶⁸ *Idem*, p. 381-385.

⁶⁹ Conferir, por todos, BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010; e SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.121-128.

⁷⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **JOTAMundo: Estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>> Acesso em 05 set. 2015.

⁷¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 66.

⁷² SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Op. cit.*, p. 98.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.

⁷⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 480.

⁷⁵ Opta-se por trabalhar a constitucionalização-juridicização não apenas em sentido estrito (criação jurisprudencial do direito), mas em um sentido mais amplo, a indicar os efeitos e problemáticas decorrentes da judicialização do direito penal em si, num contexto neoconstitucionalista.

O cenário penal-constitucional no que diz respeito à jurisprudência brasileira (em especial, do STF) encontra-se hoje em franca ebulição. Ao longo da vigência da Constituição de 1988 foram tomadas importantes decisões em matéria penal, como o famoso precedente que consagrou os parâmetros relativos à aplicação do princípio da insignificância⁷⁶ e as decisões em sede de controle de constitucionalidade, dentre as quais destacamos: inconstitucionalidade do regime integralmente fechado (art. 2º, §1º, Lei 8.072/90)⁷⁷; inconstitucionalidade incidental do regime inicialmente fechado (redação da Lei 11.464/07)⁷⁸; inconstitucionalidade da vedação apriorística da concessão de liberdade provisória (art. 44, Lei de Drogas)⁷⁹; inconstitucionalidade da proibição da vedação da conversão da PPL em PRD no tráfico (art. 44, Lei de Drogas)⁸⁰; aplicabilidade da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição de proteção deficiente no direito penal⁸¹; atipicidade do aborto de feto anencefálico⁸²; reconhecimento da constitucionalidade da reincidência⁸³; e, por fim, a própria condução emblemática da Ação Penal 470, vulgo “mensalão”, que tantas discussões suscitou e suscita no meio jurídico.

Mais recentemente, faz-se necessário destacar MI 4.733 e ADO 26 que, com base no princípio da proibição da proteção deficiente, postulam a declaração da mora legislativa inconstitucional no que diz respeito à criminalização da homofobia e transfobia, requerendo, em caso de inércia legislativa, a tipificação de tais condutas no âmbito da Lei de Racismo, mesmo pelo Judiciário (ainda pendente de julgamento, mas que será um importantíssimo precedente a ser estudado no âmbito da constitucionalização-juridicização); o RE 580.252/MS, de relatoria do Ministro Zavascky em que se discute a responsabilidade do Estado e o consequente dever de indenizar, por danos morais, o cidadão preso e submetido a tratamento desumano e degradante (o Min. Barroso propôs remição de pena como forma de indenização⁸⁴); RE 591.054/SC – Rel. Min. Marco Aurélio⁸⁵ que reabre discussão dos maus antecedentes à luz do princípio da não-culpabilidade, no qual prevaleceu entendimento já consagrado na súmula 444, STJ⁸⁶, ressalvando-se a possibilidade de modificação deste

⁷⁶ STF, HC 84.412-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, J. 19.10.2004. DJ 207, DIVULG 27-10-2004.

⁷⁷ STF, HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.02.2006. DJ 49 DIVULG 13-03-2006, que posteriormente tornou-se a súmula vinculante 26, STF.

⁷⁸ STF, HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 27.06.2012. DJ 152 DIVULG 03-08-2012.

⁷⁹ STF, HC 103.362/PI, Rel. Min. Celso de Mello, J. 06.03.2012. DJ 54 DIVULG 15-03-2012.

⁸⁰ STF, HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, J. 01.09.2010, DJE 247, DIVULG 15-03-2010, que deu ensejo à Resolução 5/2012 do Senado Federal.

⁸¹ STF, RE 418.376-5, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 09.02.2006, DJ 43, DIVULG 03-03-2006. Este princípio seria abraçado mais vezes no STF, pelo voto de Gilmar Mendes em mais duas ocasiões, na ADI 3112, que questionava as restrições impostas pelo Estatuto do Desarmamento, alegações que foram refutadas; e (ii) no HC 16.212, em que se questionava a validade do afastamento do instituto da conciliação previsto na lei 9099 no que diz respeito aos crimes de violência doméstica contra a mulher, na lei 11340/06, o que foi refutado em vista da proteção da mulher (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 482 e 483).

⁸² STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 12.04.2012, DJE 77, DIVULG 19-04-2012.

⁸³ STF, RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 04.04.2013, DJE 68, DIVULG 12-04-2013.

⁸⁴ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/indenizacao-barroso.pdf>>. Acesso em 05 set. 2015.

⁸⁵ STF, RE 591.054/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 17.12.2014, DJE 37, DIVULG 25-02-2015.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 444. É vedada a utilização de inquiridos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. ANGHER, Anne Joyce (org.). 20ª Ed. São Paulo: Rideel, 2015, p. 2144.

posicionamento a posteriori; ADI 5240, acerca da audiência de custódia⁸⁷, reconhecendo a constitucionalidade da regulação deste direito pelo TJSP; RE 635.659/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que versa sobre a inconstitucionalidade do art. 28, Lei de Drogas e, finalmente, a ADPF 347, acerca do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, com a consequente adoção de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia.

Neste ambiente em que questões jurídico-penais são cada vez mais submetidas a uma interpretação constitucional dada pelo órgão máximo do Judiciário, formando precedentes importantíssimos em um local em que não apenas são ventilados argumentos estritamente jurídico-penais ou constitucionais, mas também compreensões de criminologia e política criminal (ainda que não explicitadas no corpo das decisões), a constitucionalização-juridicização, em relação ao direito penal, é fenômeno que, embora restrito pelo princípio da legalidade estrita, se dá de forma extremamente sensível e importante.

4. CONCLUSÃO

Numa área do direito tão suscetível a emoções e paixões, fazer um balanço da trajetória penal-constitucional sob a égide da Constituição de 1988 não é tarefa fácil. É necessário equilíbrio e temperança.

Por muito tempo, penalistas brasileiros lutaram praticamente sozinhos contra o avanço e os abusos do poder punitivo do Estado, entrincheirados em seu próprio saber jurídico, sem amparo de uma Constituição efetiva e com pouco suporte de outros ramos do direito.

Em tempos neoconstitucionalistas, o fenômeno da constitucionalização do direito penal deu “sangue novo” a este ramo do ordenamento, a partir da abertura de várias possibilidades de pesquisa e estudo; pela oxigenação constitucional de vários institutos tradicionais do direito penal, como o bem jurídico, as teorias da pena e os princípios penais fundamentais; e pela atuação cada vez mais importante do STF em matéria penal-constitucional.

Temos, de fato, do que nos orgulhar de nossa caminhada até aqui, e em tempos de grande instabilidade política como os atuais, em que as instituições constitucionais e a democracia são postas à prova, devemos proteger e zelar nossa Constituição, nosso maior triunfo na superação de um regime autoritário e ditatorial, que permite, “aos trancos e

⁸⁷ Sobre este tema, fundamental a leitura de BADARÓ, Gustavo. **Parecer:** prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia. Disponível em: https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia. Acesso em 05 set 2015.

barrancos” (e melhor do que nossas Cartas anteriores), a efetiva promoção de uma sociedade mais justa e democrática.

Contudo, o direito penal e o direito constitucional não podem teorizar a partir do Olimpo dos princípios, das teorias da argumentação, do bem jurídico. A reconstrução constitucional de nosso direito penal não pode ser feita de forma alheia à realidade empírica subjacente, sob pena de se fazer ou teorias inócuas, que em nada contribuem para a mudança do *status quo*, ou teorias subservientes aos interesses políticos de ocasião.

E a nossa realidade é calamitosa, para dizer o mínimo. Nas palavras certas da criminóloga Vera Malaguti

Nós, do campo da esquerda no Brasil, temos de lidar com uma realidade incômoda e trágica. Nós, que lutamos contra a ditadura militar, devemos encarar o fato que a democracia que ajudamos a construir tortura e mata mais do que o ciclo militar. Um dos nossos principais problemas é negar a realidade⁸⁸.

Sem adentrar nos inúmeros problemas de nosso sistema penal, basta notar a singela, notória e evidente constatação de que os Três Poderes conseguem conviver com a superlotação dos cárceres brasileiros, fora suas péssimas condições, tratamento desumano e degradante, tortura, entre outros problemas – fatos que, em si, já comprometem a própria legalidade do sistema⁸⁹ – o que indica que o direito penal brasileiro ainda permanece alheio às grandes transformações e promessas emancipatórias do neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, apontam-se os principais desafios que se impõem à reconstrução democrática e constitucional do direito penal brasileiro:

- (i) **Aprofundamento no controle de constitucionalidade em normas penais e processuais penais.**

⁸⁸ BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira e BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.29.

⁸⁹ Sobre a questão da superlotação, há que se indicar o princípio “*numerus clausus*”, isto é, o princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução. Embora pouco discutido no Brasil, trata-se de um princípio muito estudado e discutido na Europa há mais de vinte anos – assim, afirmar que o sistema penal brasileiro é ilegal por permitir a superlotação não se trata de mera afirmação retórica, mas uma discussão que deve ser levada a sério, sobretudo no âmbito acadêmico. Para maior aprofundamento, conferir ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.87-101.

Cuida-se de tema de desenvolvimento ainda extremamente tímido. Estudar as modalidades e técnicas de controle nesse ramo do direito é uma necessidade, sobretudo o cotejo com o estudo de teoria do delito e teoria do bem jurídico.

Mas estudar apenas não é suficiente. Não parece aceitável, por exemplo, que até o momento permaneça intacto todo um arcabouço normativo em matéria de aplicação de pena que consagra institutos típicos de um direito penal de autor⁹⁰, como “personalidade”, “conduta social”, a própria periculosidade – relativa às medidas de segurança, mas, que na prática, contamina a culpabilidade⁹¹ -, entre tantos outros. Estes tumores positivistas em nossa legislação infraconstitucional não se coadunam com a nova visão de direito encampada pelo neoconstitucionalismo e constituem tristes e persistentes óbices a uma efetiva constitucionalização do direito penal.

- (ii) **Aprofundamento nos estudos e pesquisas sobre o “Estado de Coisas Inconstitucional” e as relações que podem ser traçadas a partir dele no direito penal e no direito constitucional.**

Concebida pela Suprema Corte Colombiana, o Estado de Coisas Inconstitucional, em apertada síntese, se refere à constatação de um quadro extremo de inércia estatal, de forma ampla, generalizada e sistêmica, que provoca violação massiva de direitos fundamentais⁹². É o que está hoje em discussão no STF, no julgamento da ADPF 347.

Cuida-se de um conceito extremamente fértil e promissor para o direito penal brasileiro, não apenas por suas possibilidades empíricas, mas também pela inserção deste ramo do direito no debate mais amplo entre democracia, políticas públicas, judicialização e ativismo judicial, o que pode permitir uma profícua abertura teórica, absolutamente necessária considerando o contexto de um Judiciário (ainda) bastante conservador e autoritário.

⁹⁰ O direito penal de autor é uma teoria jurídico-penal que se caracteriza por defender que circunstâncias da vida e da personalidade dos agentes devem ser: (i) a base sobre a qual se constroem e expressam os tipos penais; e (ii) os fatores determinantes para a cominação, aplicação e execução da pena criminal. Nascido no contexto do positivismo italiano e alemão e tremendamente expandido no sistema penal nazista contrapõe-se ao direito penal do ato, que pretende que os tipos penais sejam construídos sobre, e expressos por ações exteriores singulares, e que as penas sejam cominadas e aplicadas em função tão somente da gravidade destas ações exteriores singulares (FRAGOSO, Cristiano Falk. *Op.cit.*, p. 232-234). Para aprofundamento, conferir também BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Op.cit.* p. 131-137.

⁹¹ CARVALHO, Salo de. Reprovabilidade e Segregação: as rupturas provocadas pela Antipsiquiatria nas Ciências Criminais. In: Joel Côrrea de Lima; Rubens R. R. Casara. (Org.). **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 01, p. 927.

⁹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **JOTAMundo: Estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>> Acesso em 05 set. 2015.

- (iii) **Necessidade de se repensar o papel do STF no julgamento e condução de ações penais e sua competência para julgamento destas matérias.**

Trata-se de um ponto que, embora de lege ferenda, merece atenção por conta do fenômeno da constitucionalização-judicialização.

O STF, a partir de 1988, tornou-se uma Corte extremamente versátil, julgando não apenas questões atinentes à constitucionalidade de atos normativos, mas também, em certas hipóteses, conduzindo e processando ações penais.

Essa é uma competência problemática.

O próprio Ministro Barroso já afirmou não possuir o STF vocação ou estrutura para a condução de ações penais⁹³, haja vista o intenso contágio político da Corte e a apreensão da opinião pública e da mídia sobre os fatos; o que se deveria reservar ao STF seria, como defende o Ministro, a competência para dar a palavra final.

Na verdade, essa competência gera problemas também na perspectiva da constitucionalização-judicialização, já que o processamento e julgamento de ações penais na Suprema Corte, por serem questões quase sempre polêmicas, de grande interesse público e repercussão midiática – e nenhum julgador é absolutamente imune a esse tipo de pressão -, terminam por dar à luz precedentes jurídico-penais cuja gestação é marcada por inúmeras influências e controvérsias políticas, pressões externas, entre outros fatores, o que, antes de tudo, termina por minar a própria força normativa da Constituição.

- (iv) **Necessidade de diálogo não apenas entre o direito constitucional e o direito penal, mas, sobretudo com a criminologia e a política criminal.**

Este é menos um problema judicial e mais um problema acadêmico, que envolve a pesquisa e o estudo interdisciplinar entre estes saberes. Assim como é fundamental a um penalista que conheça e estude teoria do direito, argumentação, e acompanhe a produção relativa ao direito constitucional, o constitucionalista, ao trabalhar a questão criminal, deve conhecer a produção dogmática e criminológica oriunda das ciências jurídico-penais. No contexto atual, em que a ADPF 347 não apenas postula por mudanças e transformações, mas,

⁹³ Conforme entrevista disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/materia-tribuna-do-advogado/17953-o-stf-e-um-tribunal-soterrado-por-miudezas-diz-barroso>> . Acesso em 05 set. 2015.

antes de tudo, nos convida à reflexão sobre nosso sistema penal como um todo, a interdisciplinaridade entre estes saberes torna-se imprescindível, sob o risco de se cometer mais do que equívocos ou “gafes” acadêmicas, mas verdadeiros massacres juridicamente legitimados⁹⁴ sobre a população marginalizada e vulnerável, quase sempre a clientela preferencial do sistema penal brasileiro.

Dessa forma, se corretamente equalizada, a interdisciplinaridade entre o direito constitucional, o direito penal, a criminologia e a política criminal pode produzir um profícuo saber emancipatório, íntegro o suficiente para permitir a compreensão e consequente transformação constitucional e democrática do objeto comum a esses saberes, qual seja, o poder punitivo estatal.

(v) Assegurar-se do risco de constitucionalização simbólica no direito penal.

A constitucionalização simbólica, estudada pelo professor Marcelo Neves, em apertada síntese, é um fenômeno no qual se verifica de forma generalizada uma insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional, acompanhada de um funcionamento hipetroficamente político-ideológico da atividade e textos constitucionais⁹⁵. Em outras palavras, ocorre o predomínio da função política latente da Constituição em detrimento da força normativo-jurídica do texto legal⁹⁶.

É bem verdade que esse conceito classificatório, que remonta a Loewenstein, enquadra-se no chamado conceito típico-ideal de sentido weberiano, ou seja, um conceito normativo ao qual a realidade corresponderá em maior ou menor grau⁹⁷, podendo-se avaliar dada realidade pela predominância do aspecto correspondente no tipo ideal. Entretanto, pode-se dizer que a constitucionalização simbólica tende a corromper a separação que deve existir entre o sistema jurídico e outros subsistemas sociais, permitindo que elementos estranhos ao direito (como riqueza, poder político) se lhe infiltrem, em detrimento dos valores da igualdade e do Estado de Direito⁹⁸; por outro lado, a constitucionalização simbólica também faz emergir da Carta um espaço de luta, permitindo a todos os envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto que busquem a realização destes ideais⁹⁹.

⁹⁴ ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida**: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.262-263.

⁹⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 83-91.

⁹⁶ _____. Constitucionalização simbólica. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.67.

⁹⁷ _____. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 95.

⁹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 62.

⁹⁹ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 162.

É incerto e temerário, dados os limites do trabalho, afirmar com certeza quais as consequências deste fenômeno no direito penal brasileiro; este é um tema que demandaria uma profunda e detida pesquisa à parte. Contudo, não seria equivocados sugerir que este fenômeno, no direito penal, certamente não traria consequências emancipatórias, democráticas. Como quase toda forma simbolismo no direito penal¹⁰⁰, a tendência é pela expansão de poder punitivo, e não por sua contração.

Assim, os desafios apontados giram em torno, na verdade, do principal e mais tormentoso desafio: a reconstrução constitucional do direito penal brasileiro, tarefa permanente que se impõe a todos nós.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

BADARÓ, Gustavo. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia**. Disponível em: < [https://www.academia.edu/9457415/Parecer - Pris%C3%A3o em flagrante delito e direito %C3%A0 audi%C3%Aancia de cust%C3%B3dia](https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia)>. Acesso em 05 set 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª Ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 9, mar./abr./maio. 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 06 set. 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, I**. Rio de Janeiro: instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000.

¹⁰⁰Trabalhando (e criticando) o simbólico no direito penal, contudo, em sentido diverso do empregado por Marcelo Neves, conferir HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos estrutura, política. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; trad. Adriana Beckman Meirelles et.al.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p.209-230.

- _____.; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro, I.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira e BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Depois do grande encarceramento.** Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- BRASIL. STF, HC 84.412-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, J. 19.10.2004. DJ 207, DIVULG 27-10-2004.
- _____. STF, HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.02.2006. DJ 49 DIVULG 13-03-2006.
- _____. STF, HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 27.06.2012. DJ 152 DIVULG 03-08-2012.
- _____. STF, HC 103.362/PI, Rel. Min. Celso de Mello, J. 06.03.2012. DJ 54 DIVULG 15-03-2012.
- _____. STF, HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, J. 01.09.2010, DJE 247, DIVULG 15-03-2010.
- _____. STF, RE 418.376-5, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 09.02.2006, DJ 43, DIVULG 03-03-2006.
- _____. STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 12.04.2012, DJE 77, DIVULG 19-04-2012.
- _____. STF, RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 04.04.2013, DJE 68, DIVULG 12-04-2013.
- _____. STF, RE 580.252/MS, Rel. Min. Zavascky, Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/indenizacao-barroso.pdf>> .Acesso em 05 set. 2015.
- _____. STF, RE 591.054/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 17.12.2014, DJE 37, DIVULG 25-02-2015.
- _____. STJ. Súmula nº 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel.** AN-GHER, Anne Joyce (org.). 20ª Ed. São Paulo: Rideel, 2015, p. 2144.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **JOTAMundo:** Estado de coisas inconstitucional. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>> Acesso em 05 set. 2015.
- CARVALHO, Salo de. A Política Proibicionista e o Agigantamento do Sistema Penal nas Formações do Capitalismo Pós-industrial e Globalizado. In: Maria Lúcia Karam. (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças do Estado Democrático de Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- _____. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2013
- _____. **Antimanual de Criminologia.** 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Reprovabilidade e Segregação: as rupturas provocadas pela Antipsiquiatria nas Ciências Criminais. In: Joel Côrrea de Lima; Rubens R. R. Casara. (Org.). **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito:** Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 01, p. 925-944.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como Crítica da Pena:** Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p.249-261.
- FAVOREU, Lois. La constitutionnalisation du droit. In: MATHIEU, Bertrand; Verpeaux, Michel. **La constitutionnalisation des branches du droit.** Paris: Economica, 1998, p.181-195.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4ª Ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRAZ, Hamilton e GLIOCHE, Patrícia Glioche Béze. Reflexões sobre o garantismo positivo. In: MELLO, Cleyson de Moraes e MARTINS, Vanderlei (org.). **Direito em movimento.** Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2015.
- FRAGOSO, Cristiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- FRAGOSO, Heleno. **Direito penal e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- HASSEMER, Winfried. **Direito penal:** fundamentos estrutura, política. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; trad. Adriana Beckman Meirelles et.al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- FERREIRA, Siddharta Legale. Constitucionalização do direito tributário: a justiça fiscal numa visão liberal-igualitária. **Revista da FESDT**, n.8, p.199-222, jan./jun, 2012.
- LIMA, Jairo Néia e CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Os efeitos irradiantes da constituição sobre o direito privado:** seu processo de constitucionalização. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6A-b6abAMNUJ:periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/1873/1415+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em 04 set. 2015.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- _____. Constitucionalização simbólica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.67-74.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

- RADBRUCH, Gustav. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar, S.A. de Ediciones, 1971.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Execução penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SÁ, Ana Luiza Barbosa de. **Controle racional das normas de direito penal econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.121-128.
- _____; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em 04 set. 2015.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- STRECK, Lênio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo e ENGELMANN (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2013, p.121-141.
- _____. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: < <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>, Acesso em 04 set. 2015
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª Ed, rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA: DO LEGICENTRISMO À QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

*THE EVOLUTION OF JUDICIAL REVIEW IN FRANCE: FROM THE PARLIAMENTARY
SOVEREIGNTY TO THE QPC*

JOÃO PEDRO ACCIOLY TEIXEIRA¹

RESUMO: O escopo deste trabalho é bem delimitado pelo seu título. Pretende-se, com ele, identificar os principais traços característicos do modelo de Controle de Constitucionalidade francês, em diferentes momentos históricos.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade; França; jurisdição constitucional francesa; questão prioritária de constitucionalidade; QPC; conselho constitucional.

ABSTRACT: The scope of this article is clearly defined by its title. Its purpose is to identify the main characteristics of the French model of judicial review, at different historical moments.

KEY-WORDS: judicial review; France; priority preliminary ruling on the issue of constitutionality; QPC; constitutional council of the french republic.

1. INTRODUÇÃO

Para melhor analisar a evolução da jurisdição constitucional francesa, dividiu-se o presente artigo em três capítulos fundamentais: o primeiro trata da Revolução Francesa à IV República, período legicentrista em que inexistiam mecanismos de controle de constitucionalidade; o segundo estende-se da V República à Reforma Constitucional de 2008, interregno em que, com a promulgação da Constituição de 1958 e a criação do Conselho Constitucional, a França passou a admitir o controle de constitucionalidade político (não-jurisdicional), abstrato e preventivo das leis; Por fim, aborda-se as características do sistema contemporâneo, marcado pelo advento da Questão Prioritária de Constitucionalidade –

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Graduado em Direito pela UERJ. Advogado.

A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA: DO LEGICENTRISMO À QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

primeiro mecanismo de controle repressivo e de legitimação ativa universal existente na França.

2. A FRANÇA PÓS-REVOLUCIONÁRIA E A ABSOLUTA PRIMAZIA DO PARLAMENTO E DA LEI

Como se sabe, a França é um dos berços do Constitucionalismo¹. O movimento revolucionário de 1789, que culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e na Carta Magna de 1791, representa incontestemente marco para a evolução do Direito Constitucional, como técnica de limitação do poder Estatal com fins tutelares ao indivíduo².

Entretanto, o pioneirismo não é característica atribuível à França em termos de Controle de Constitucionalidade³. Durante séculos, tal qual a generalidade dos países da Europa Continental, a França subjugou-se ao primado do parlamento, à primazia da lei⁴. Por influência da obra de Rousseau, a produção legislativa era concebida como expressão pura da *volonté general* da nação⁵, manifestação incontestável, portanto, da soberania popular⁶.

Por outro lado, o Poder Judiciário, por razões históricas peculiares, era visto com extrema desconfiança e restrições⁷. Os juízes eram, em sua grande maioria, representantes de

¹ “O termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, 26-7); “A idéia de Constituição, tal qual a conhecemos hoje, é produto da Modernidade, sendo tributária do Iluminismo e das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, ocorridas na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França”. (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Curso de Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 67). “A ideia de Constituição, como a vemos hoje, tem origem mais próxima no tempo e é tributária de postulados liberais que inspiraram as Revoluções Francesas e Americana do século XVIII”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39).

² Segundo Canotilho, o constitucionalismo representa, justamente, “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 45-6).

³ “No constitucionalismo francês, por exemplo, a ideia de controle de constitucionalidade foi por muito tempo rechaçada, pelo temor de que sua adoção pudesse permitir a criação de um ‘governo de juizes’. Os franceses preferiam confiar no Parlamento do que no Judiciário para velar pela guarda das suas constituições”. (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Curso de Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 33).

⁴ Neste período, a mais conhecida, porém frustrada, tentativa de oferecer uma garantia externa à rigidez constitucional foi feita por Sieyès, que, em 1793, participando dos trabalhos de elaboração da Constituição do Ano III, propôs a criação de um órgão especializado, o “Júri constitucional” (por ele denominado de *Jurie constitutionnaire*), que teria competências de controle de constitucionalidade das leis. Prevaleceu, desde a Constituição de 1791, o primado da lei – neste sentido, confira-se o que dispunha o art. 3º de tal Carta Constitucional: “// *n’y a point en France d’autorité supérieure à celle de la loi*”.

⁵ Tal dogma restou consagrado inclusive na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Observe-se o art. 6º do referido diploma: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. Entendia-se, neste prisma, que o legislador não poderia “lesar os direitos individuais porque é necessariamente justo; e é assim porque encarna em si a vontade geral do povo ou da nação”. (FIORANVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones**, p. 73).

⁶ “Essa concepção de supremacia incontrastável do Parlamento devilitava o valor efetivo da Constituição, que não se encontra, nesse contexto, protegida contra o Legislativo”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46).

⁷ Concepção diversa verificou-se nos Estados Unidos, em que o alvo de tal desconfiança política era muito mais o Legislativo, do que o Judiciário. A propósito, consulte-se o artigo 78, da obra *The Federalist*, escrito por Alexander Hamilton.

uma nobreza decadente, porém perigosa, de interesses antagônicos àqueles defendidos pela burguesia revolucionária⁸. Daí, pensar-se em juízes como a mera boca da lei⁹, isto é, como autômatos escravos de um método hermenêutico estritamente subsuntivo-axiomático. Método este, segundo o qual a atividade dos magistrados deveria se limitar ao cotejamento de situações concretas, submetidas à apreciação jurisdicional, com as hipóteses de incidência¹⁰ das leis, emanadas do parlamento, e, sempre que um caso concreto se amoldasse à hipótese normativa, deveria o Juiz, então, simplesmente aplicar-lhe o comando legal correspondente¹¹.

Neste prisma, os juízes, bem como a Administração Pública, eram concebidos como meros executores de normas que deveriam ser produzidas privativamente pelos legisladores¹², já que àqueles, pelo menos em tese¹³, vedava-se qualquer espaço de criação do Direito. A única diferença entre o juiz e o administrador, nessa ótica, é que enquanto ao primeiro cabia a aplicação da lei somente mediante provocação, na composição de conflitos jurídico-sociais, o segundo deveria aplicá-la de ofício, na busca pelo interesse público.

Nesse contexto, a Lei de 16-24 de agosto de 1790 dispôs, em seu art. 10, que os tribunais não poderiam, direta ou indiretamente, interferir no exercício das funções do Poder Legislativo, nem impedir ou suspender a execução dos decretos parlamentares. Previu-se também, no mesmo diploma legal, que o poder de interpretação não deveria ser exercido, em última instância, pelo Judiciário, mas pelo próprio corpo legislativo, a pedido dos juízes (art. 12)¹⁴.

⁸ BON, Pierre. *La légitimité du Conseil Constitutionnel français*. In: AA. VV. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: Colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993, p. 141-2

⁹ Esta concepção foi amplamente divulgada por Montesquieu, segundo o qual “os Juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”. (MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 176).

¹⁰ Que nada mais são, segundo esta ótica de exegese, do que situações de fato abstratas e genericamente descritas.

¹¹ Na lição de Luís Roberto Barroso, esta dinâmica hermenêutica constitui “processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – *la bouche que prononce les paroles de la loi* – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 314-315).

¹² “Nesse momento, a Administração Pública era vista como uma função meramente executiva, ou seja, a quem competia apenas executar o que já deveria estar preestabelecido na lei, sem vontade própria. Isso se depreende do papel de relevo que foi dado ao Parlamento. O Parlamento, composto pelos representantes da burguesia vitoriosa em razão de o voto ser censitário, era o instrumento que essa mesma burguesia possuía para manter o controle sobre o Executivo e o Judiciário, dirigidos por agentes não eleitos. O Executivo, especificamente, continuou a ser dirigido, na maior parte do período pós-revolucionário francês, por uma Monarquia limitada. A mesma pecha recaía sobre o Judiciário, que deveria ser apenas a ‘boca que pronuncia as palavras da lei’: interpretar ou aplicar a lei não podia ser considerado uma atividade criativa, mas apenas cognição, de declaração, do que nela já estava preestabelecido”.

¹³ Sobre o ponto, vale registrar lapidar excerto da obra de Charles-Albert Morand que denuncia que este projeto ideal de estanque separação funcional dos poderes jamais se concretizou inteiramente na prática: “*A visão dos juízes e do governo como meros aplicadores da lei é uma concepção mística e mistificadora. Nenhum governo se limitou à execução das leis. A função judiciária, por sua vez, implica necessariamente a interpretação e aplicação das leis, criando direito novo, seja estabelecendo diante de casos concretos princípios gerais de direito, seja colmatando os [inevitáveis] vazios contidos nas leis, que têm inevitavelmente uma textura mais ou menos aberta*. (MORAND, Charles-Albert. **Le droit néo-moderne des politiques publiques**. Paris: LGDJ, 1999, p. 45).

¹⁴ “Por meio do *référé législatif*, remetia-se ao Legislativo a interpretação de um texto obscuro de alguma lei. A Constituição de 1791, acolhendo o instituto, dispunha que se uma interpretação da lei fosse atacada por três vezes em um tribunal de cassação, este deveria submetê-la ao corpo legislativo, que emitiria um decreto declaratório da lei, vinculante para o tribunal de cassação. Havia, portanto, uma interferência direta do Parlamento até no mais alto Tribunal, sob o pretexto de preservar a vontade do povo, como expressa por seus legítimos representantes, os deputados”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39).

A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA: DO LEGICENTRISMO À QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Mais do que isso, a Lei 27 de Novembro – 1º de Dezembro de 1790, para intensificar o controle sobre o Judiciário, criou o *Tribunal de Cassation*, que, em sua origem, não era órgão jurisdicional, mas órgão auxiliar do Poder Legislativo, destinado exatamente a assegurar a supremacia da lei e do legislador.

Cabia ao referido órgão, mediante provocação (recurso de cassação), conferir supostas transgressões aos rigores e à autoridade da lei pelos juízes¹⁵. Em sendo verificada alguma violação, o Tribunal anulava (cassava) a decisão judicial e remetia o feito ao juízo de origem para a prolação de nova sentença¹⁶.

Este modelo relaciona-se com a concepção de Constituição à época em voga. Como se sabe, em tal contexto histórico, as Constituições não eram concebidas como efetivas normas jurídicas, mas como meras cartas políticas, de princípios e intenções¹⁷.

Interessante observar que esta cosmovisão influenciou fortemente a Constituição Imperial do Brasil, outorgada em 1824, que, igualmente, não previa quaisquer mecanismos de controle de constitucionalidade. Marquês de São Vicente bem ilustra o pensamento então hegemônico ao asseverar que a Constituição seria mero frontispício de um edifício cujas bases eram as leis.

3. A QUINTA REPÚBLICA E A CRIAÇÃO DO *CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

Somente 170 anos após a Revolução Francesa, inaugurou-se o primeiro mecanismo extrínseco ao parlamento de controle de constitucionalidade das leis na França, que ficou a cargo do recém-criado Conselho Constitucional, que detinha uma série de outras atribuições¹⁸.

O art. 56 da Constituição de 1958 dispõe sobre a organização e composição do órgão:

O Conselho constitucional compreende nove membros, cujo mandato dura nove anos e não é renovável. O Conselho constitucional se renova por terços a cada três anos.

¹⁵ As transgressões então coibidas poderiam consistir, por exemplo, na adoção de possibilidades interpretativas diversas da *mens legislatoris*, na recusa, de qualquer sorte, em aplicar a lei a um caso concreto que se amoldasse à sua hipótese de incidência ou mesmo na aplicação da lei fora do seu escopo normativo – tudo isto, evidentemente, de acordo com a concepção hermenêutica adotada pelo Parlamento.

¹⁶ Em 1804, já no período napoleônico, o Tribunal de Cassação cede espaço para a Corte de Cassação, concebida já aí como órgão de cúpula do Poder Judiciário, responsável precipuamente pela uniformização da jurisprudência.

¹⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 22-24.

¹⁸ Tais como o contencioso eleitoral, o contencioso das relações entre os poderes públicos nacionais, a manutenção do equilíbrio entre o Estado e as coletividades locais e regionais, intervindo também em casos de estado de exceção para garantir o bom funcionamento dos poderes públicos.

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISIS: UN ESTUDIO COMPARADO DEL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LA ARGENTINA Y DEL BRASIL

Três dos membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional, três pelo Presidente do Senado. O procedimento previsto no último parágrafo do artigo 13 é aplicável a essas nomeações. As nomeações efetuadas pelo presidente de cada assembleia ficam sujeitas unicamente ao parecer da comissão permanente competente da assembleia em questão. Além dos nove membros previstos acima, fazem legalmente parte do Conselho Constitucional os ex-presidentes da República em caráter vitalício. O presidente é nomeado pelo Presidente da República e tem voto preponderante no caso de empate.

Até 2008, havia apenas uma modalidade de controle de constitucionalidade exercida pelo Conselho. Obrigatoriamente, em alguns casos, e mediante provocação facultativa de certas autoridades constitucionalmente legitimadas, em outros, o Conselho, deve se pronunciar sobre a compatibilidade, formal e material, entre dados diplomas legais e a Constituição.

Esta verificação se dá no curso do processo legislativo de formação das normas, antes da promulgação da lei apreciada. Observe-se o teor do art. 61 da Carta Magna francesa vigente:

As leis orgânicas, antes da sua promulgação, as propostas de lei mencionadas no artigo 11 antes de serem submetidas ao referendo e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre a sua conformidade com a Constituição. Com os mesmos fins, as leis podem ser submetidas ao Conselho Constitucional, antes da sua promulgação, pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores. Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho constitucional deve deliberar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do Governo, se há urgência, este prazo é reduzido para oito dias. Nesses casos, o encaminhamento para o Conselho Constitucional suspende o prazo para a promulgação.

Por esta ordem de razões, dizia-se correntemente que o modelo de controle de constitucionalidade francês era puramente **preventivo, abstrato e político**¹⁹ – porquanto

¹⁹ Luís Roberto Barroso, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 6ª edição, 2012, p. 64-65: “A Constituição francesa em vigor, instituidora da V República, em 1958, criou o Conselho Constitucional, composto de nove conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, tendo ainda como membros natos os ex-Presidentes da República. Como regra, o Conselho se manifesta previamente à promulgação de determinadas leis. A reforma constitucional de 2008, no entanto, produziu relevante alteração, passando a prever hipótese de controle de constitucionalidade de lei já vigente. Embora o modelo francês seja referido como o arquétipo do controle político de constitucionalidade das leis, afigura-se mais apropriada a designação de controle não judicial. É que, no fundo, é o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional o que mais notadamente singulariza o Conseil Constitutionnel – junto com o caráter preventivo de sua atuação. Quanto ao mais, tanto o critério de nomeação de seus integrantes como a fundamentação jurídica de suas decisões aproximam-no do padrão das cortes constitucionais europeias”. No mesmo sentido, confira-se também: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA: DO LEGICENTRISMO À QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

exercido por um órgão não-jurisdicional, em tese e antes da entrada em vigor da norma analisada.

As limitações de tal modelo são autoevidentes. Em primeiro lugar, há uma grande limitação temporal. De plano, restam afastados do controle todo e qualquer diploma legal editado antes da criação do Conselho.

Como se sabe, outrossim, a inconstitucionalidade pode emergir com o decurso do tempo, através da alteração formal ou material do parâmetro de controle – por intermédio, respectivamente, do Poder Constituinte Derivado e do fenômeno da mutação constitucional. Mesmo que não sejam estas a hipótese, não raro as inconstitucionalidades só se revelam com a práxis.

Ademais, no que toca às leis ordinárias, há apenas cinco legitimados ativos que possuem o condão de provocar o exame de sua constitucionalidade pelo Conselho. Antes da reforma constitucional de 1974, aliás, apenas o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional e o Presidente do Senado eram legitimados para tanto.

Neste sentido, em geral, a Jurisdição Constitucional Francesa desenvolveu-se com muito menos vigor e pujança do que em outros países, como os Estados Unidos, por exemplo.

Contudo, há grandes julgamentos feitos pelo Conselho, ainda sob esta sistemática, que ajudaram, em grande medida, a reverter este quadro atrofia institucional da Jurisdição Constitucional francesa. O mais emblemático deles, e que representou grande empoderamento do órgão em alusão, foi a decisão 71-44, de 16.07.1971, sobre o direito à liberdade de associação²⁰.

Através de tal julgado, o Conselho cunhou o conceito de “Bloco de Constitucionalidade”, dilatando consideravelmente o parâmetro de controle de constitucionalidade então vigente, ainda mais tendo em vista a relativa sinteticidade da Lei Maior francesa e, especialmente, quando se atenta para o fato de que tal Constituição não dispõe de um catálogo de Direitos Fundamentais.

Com isto, além do texto formal da Carta de 1958, o bloco de constitucionalidade passou a ser integrado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 (IV República), pelos Princípios Fundamentais reconhecidos pelas Leis da República e, mais tarde, também pela Carta Ambiental de 2004.

²⁰ Nela, o Conselho julgou inconstitucional projeto de lei, de autoria do Ministro Raymon Marcellin, que pretendia instituir um controle prévio do Estado sobre os requerimentos de registro de entidades associativas, para coibir a fundação de associações vinculadas a correntes ideológicas e filosóficas de esquerda. A íntegra da decisão encontra-se disponível através do seguinte endereço eletrônico: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html>>. Acesso em: 29.08.2015.

O advento deste instituto – aliado à Reforma Constitucional de 1974, que conferiu legitimidade a consórcios formados por 60 deputados ou senadores para instar o Conselho a se manifestar sobre a constitucionalidade das leis aprovadas pelo parlamento – representou uma verdadeira revolução. Prova disso é que o número de leis ordinárias encaminhadas ao Conselho entre 1959 e 1974 foi de apenas 0,76% do total de proposições legislativas aprovadas; entre 1975 e 1999, entretanto, este índice subiu para 11% do total de leis aprovadas²¹.

4. A REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008 E A QPC.

Em 23 de julho de 2008, houve uma *revision constitutionnelle* que introduziu o artigo 61-1 à Constituição de 1958. Confira-se o teor do aludido dispositivo:

Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de provocação do Conselho de Estado [Conseil d'Etat] ou da Corte de Cassação [Cour de Cassation]. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo.

Tal preceito, posteriormente regulamentado pela Lei Orgânica 2009-1523, ampliou a competência do Conselho Constitucional para permitir o *controle repressivo de constitucionalidade das leis* (promulgadas e em vigor), sempre que for suscitada, em qualquer processo judicial ou administrativo, a questão prioritária de constitucionalidade (QPC)²².

A QPC é um incidente processual que pode ser deflagrado a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição, à luz de um caso concreto. Neste sentido, qualquer tribunal, ao apreciar uma lide, pode, a requerimento de uma das partes, solicitar ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação, conforme for a natureza do órgão julgador²³, que encaminhe a QPC ao Conselho Constitucional.

A QPC visa a extirpar do ordenamento jurídico francês leis que violem “os direitos e liberdades garantidos pela Constituição”.

²¹ DOKHAN, David. *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, p. 148-149

²² Sobre o tema, conferir a recente doutrina francesa: ROUSSEAU Dominique, La question prioritaire de constitutionnalité. Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2010, 208 p. FRANCOIS Bastien. Article 61-1. La Constitution Sarkozy, Ed. Odile Jacob, février 2009, p. 144-146. BERNAUD Valérie, Article 61-1. G. Cornac, F. Luchoire et X. Prétot, La Constitution de la République française - Analyses et commentaires, Ed. Economica, janvier 2009, p. 1438-1467. BADINTER Robert. L'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, décembre 2008, p. 39-49. STAHL Jacques-Henri. La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, janvier 2008, p. 993-1003.

²³ Registre-se que na França o sistema jurisdicional não é uno, porém bipartido.

A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA: DO LEGICENTRISMO À QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

As Questões Prioritárias de Constitucionalidade sujeitam-se, em regra, a duplo controle de admissibilidade antes da apreciação pelo Conselho Constitucional, devendo estar satisfeitos os seguintes requisitos:

« 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites;

« 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances;

« 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

Em livre tradução, a disposição legislativa impugnada deve ser aplicável ao litígio ou constituir o fundamento da pretensão de qualquer das partes; a disposição legislativa arguida como inconstitucional não pode ter sido anteriormente declarada em conformidade com a Constituição pelo Conselho Constitucional, a não ser que as circunstâncias fáticas ou normativas tenham sido profundamente alteradas; e, por fim, a questão suscitada deve ser constitucionalmente relevante, com repercussões potencialmente transcendentais aos contornos individuais da lide.

Se o processo estiver em tramitação nas instâncias ordinárias, o respectivo tribunal fará perfunctória análise de admissibilidade e, na hipótese de conhecimento do incidente, o remeterá para a Corte de Cassação ou para o Conselho de Estado, para análise mais acurada dos pressupostos de admissibilidade.

A decisão do juízo de primeira instância ou do tribunal local que rejeita a admissibilidade e a remessa da questão prioritária ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação é recorrível, desde que o recurso seja interposto contra a decisão de mérito proferida pelo tribunal perante o qual se levantou a questão (recurso de apelação ou de cassação). Contudo, a decisão do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação que julga inadmissível e, conseqüentemente, nega a remessa da questão prioritária ao Conselho Constitucional não é suscetível de recurso.

Sobre o processamento da QPC, mostram-se oportunas as seguintes lições de Soraya Gasparetto Lunardi:

Se o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação não se pronunciarem no prazo de três meses, o processo é obrigatoriamente encaminhado ao Conselho Constitucional. Após o recebimento do processo, o Conselho Constitucional notifica o Presidente da República, o Primeiro Ministro e os Presidentes da Assembleia Nacional e do Senado que, querendo, podem se manifestar. O mesmo vale para as partes litigantes do processo originário. A audiência é, via de regra, pública.

O Conselho Constitucional deve decidir a QPC no prazo de 30 dias, conforme determina o art. 23-10 da Lei Orgânica n. 1.523 de 2009. A decisão será motivada, devendo ser notificada às partes, ao tribunal a quo e também ao Tribunal Superior

que encaminhou a QPC. O Conselho não se considera vinculado pelo pedido dos legitimados. Pode decidir ultra petita, realizando uma avaliação completa da constitucionalidade do texto normativo submetido ao seu controle, ainda que os interessados contestem só parcialmente a constitucionalidade. Também não se admite a desistência da representação.

Em 2010, o *Conseil Constitutionnel* declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos do Código de Processo Penal que não eram compatíveis com os direitos ao contraditório e à ampla defesa (*Décision 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC*) e também examinou, de acordo com o direito à liberdade de locomoção, a lei sobre internação compulsória de pacientes psiquiátricos (*Décision 2010-71 QPC*). Em ambos os casos, o Conselho declarou a invalidade de importantes leis que estavam em vigor há muitos anos.

Em maio de 2013, o Conselho declarou a constitucionalidade da lei que dispõe sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo (*Décision 2013-669 DC*), o que evidencia que as questões mais sensíveis da sociedade vêm sendo submetidas ao exame daquele órgão.

No que diz respeito às técnicas de decisão, a jurisdição constitucional francesa não conhece apenas o binômio clássico da inconstitucionalidade-nulidade da lei. Em alguns casos, por exemplo, o Conselho já adotou a *décision de conformité sous réserve d'interprétation*, técnica de decisão semelhante à interpretação conforme a Constituição do direito brasileiro.

Até o final do mês de Julho de 2015, conforme indica o sítio oficial do Conselho Constitucional²⁴, foram apreciadas 418 Questões Prioritárias de Constitucionalidade.

Todos estes fatores mostram que a QPC já se incorporou, com ânimo definitivo, à tradição e ao sentimento constitucional francês.

5. EFICÁCIA TEMPORAL DAS DECISÕES

O art. 62 da Constituição da República da França, transcrito em seguida, cuida da eficácia temporal das duas modalidades de controle de constitucionalidade atualmente existentes:

Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61 não pode ser promulgada ou executada. Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61-1 é revogada a contar da publicação da decisão do Conselho Constitucional

²⁴ O seguinte endereço eletrônico elenca todas as decisões proferidas no âmbito das Questões Prioritárias de Constitucionalidade: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-type/les-decisions-qpc.48300.html> Acesso em: 29.08.2015.

A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA: DO LEGICENTRISMO À QUESTÃO PRIORITÁRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

ou de uma data posterior fixada por esta decisão. O Conselho Constitucional determina as condições e limites nos quais os efeitos que a disposição produziu são susceptíveis de serem questionados. As decisões do Conselho Constitucional não são sujeitas a recurso. Impõem-se aos poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

Conforme se pode depreender do dispositivo acima reproduzido, o controle de constitucionalidade preventivo, evidentemente, obsta a promulgação e a execução da norma declarada incompatível com a Constituição.

O controle repressivo, através da QPC, por seu turno, é dotado de efeitos meramente prospectivos. Diversamente da tradição estadunidense, que concebe a inconstitucionalidade como uma nulidade de pleno direito e, portanto, via de regra atribui efeitos retroativos à sua declaração, o sistema francês contemporâneo perfilha a tradição kelseniana de emprestar a declaração de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc*.

É interessante notar também, e talvez esta seja a primeira vez que uma Constituição o faça expressamente, que o dispositivo supratranscrito autoriza o Conselho a fixar um marco temporal futuro para a eficácia de sua própria decisão. Em outros termos, autoriza-se a modulação de efeitos, exclusivamente *pro futuro*, da decisão que expõe a norma inconstitucional da ordem jurídica.

6. OUTROS TRAÇOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL FRANCESA CONTEMPORÂNEA

Mesmo antes da reforma constitucional de 2008, o *Conseil*, através do instituto da *déclassement*, há muito já rebaixava o status normativo de leis emanadas do parlamento que invadiam o domínio das competências normativas próprias à Administração Pública²⁵. Nesse caso, embora a lei não fosse considerada inconstitucional, passava a vigorar tal qual um regulamento qualquer, passível, pois, de ser modificado, revogado ou mesmo anulado pelo Executivo.

²⁵ Na sistemática francesa, a Constituição elenca taxativamente as matérias que competem ao parlamento legislar (*domaine de la loi*; art. 34 da Constituição francesa), cabendo ao Poder Executivo editar regulamentos sobre as demais questões. Nesse sentido, dispõe o art. 37 da Carta Magna de 1958: “Assuntos diferentes dos que estão no âmbito da lei têm um caráter regulamentar. Os textos de forma legislativa incorridos nestes assuntos podem ser alterados por decretos emitidos após edital do Conselho de Estado. Os textos que interviriam após a entrada em vigor da presente Constituição poderão ser alterados por decreto apenas se o Conselho constitucional declarar que têm um caráter regulamentar em virtude do parágrafo precedente”.

A jurisdição constitucional francesa, embora gravite ao redor do Conselho Constitucional, também pode ser exercida por órgãos jurisdicionais diversos, em modalidades e casos específicos.

A inconstitucionalidade formal das normas, por exemplo, pode ser suscitada perante qualquer juiz²⁶. Destarte, questões relacionadas a vícios atinentes ao processo legislativo (*inconstitucionalidade formal propriamente dita*)²⁷ ou à competência do órgão legiferante para editar a norma (*inconstitucionalidade orgânica*)²⁸ podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário como um todo.

Nada obstante, no âmbito da justiça administrativa, sobretudo na seara do Conselho de Estado, frequentemente se empreende o controle de constitucionalidade dos atos administrativos, mormente os de caráter normativo, desde que sejam estes emitidos de forma autônoma pela Administração Pública, sem calço legal. Como ao Poder Judiciário não é dado examinar a constitucionalidade (material) das leis, um ato administrativo inconstitucional lastreado em lei de mesmo teor, igualmente incompatível com a Constituição, não pode ser anulado. A teoria do *écran législatif* é bem explicada pelo professor Raymond Odent:

Quand la légalité d'un acte administratif est contestée pour des motifs tirés de la violation de la Constitution, la position du juge administratif est totalement différente selon qu'une loi s'interpose entre la Constitution et cet acte, auquel cas la loi constitue pour le juge un écran infranchissable, et c'est en fonction de la loi seule qu'il apprécie la légalité de l'acte litigieux. Si, au contraire, aucune loi n'est intervenue en la matière, le juge administratif apprécie directement par rapport à la loi constitutionnelle la légalité discutée devant lui de l'acte administratif. (ODENT, Raymond. Contentieux administratif, Paris: Les cours de droit, 1977, Tomo1, p. 232).

7. CONCLUSÕES E APONTAMENTOS

A experiência francesa não é ponto fora da curva. O controle de constitucionalidade, gradativamente, vem tornando-se fenômeno de aplicação universal, mesmo naqueles países que outrora rechaçavam, com veemência, a adoção do instituto²⁹.

²⁶ “A justiça comum também se considera competente para realizar controle de constitucionalidade formal, verificando as condições de aprovação e promulgação da lei”. Soraya Gaspareto

²⁷ Luís Roberto Barroso, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 6ª edição, 2012, p. 48-49: “A primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é denominada inconstitucionalidade orgânica, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato. Se, por exemplo, a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação editar uma lei em matéria penal ou em matéria de direito civil, incorrerá em inconstitucionalidade por violação da competência da União na matéria”.

²⁸ Luís Roberto Barroso, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 6ª edição, 2012, p. 49: “De outra parte, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio. O processo ou procedimento legislativo completo compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação”.

²⁹ “Em diferentes conformações, os sistemas de controle de constitucionalidade ganharam o mundo, estando presentes hoje em número elevado de países. Até países que recusavam terminantemente a adoção da jurisdição constitucional parecem dar sinais, por vias diversas, de

Desde o advento da V República, a jurisdição constitucional, seguramente, foi a função estatal que mais evoluiu na França. Hoje, as questões políticas de maior relevância acabam, em alguma medida e em algum momento, sendo debatidas e decididas no âmbito do Conselho Constitucional, órgão de grande prestígio institucional e legitimidade social.

Cabe mencionar, por fim, que a trajetória francesa evidencia a intrínseca relação existente entre a noção de supremacia da Constituição³⁰ e os mecanismos de controle de constitucionalidade. O movimento de reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua posição de cúspide do sistema jurídico francês impôs a progressiva instituição de mecanismos de aferição da compatibilidade das leis em relação à Constituição.

Mais do que incorporado à ordem constitucional, é possível afirmar que o *Conseil Constitutionnel* e o controle de constitucionalidade já se incorporaram definitivamente à cultura jurídica e ao sentimento constitucional francês³¹.

8. BIBLIOGRAFIA

Constituição Francesa de 1958. Tradução oficial para o português disponível através do seguinte endereço: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Data de acesso: 04.08.2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 314-315).

BERNAUD Valérie, Article 61-1. G. Cornac, F. Luchaire et X. Prétot, *La Constitution de la République française - Analyses et commentaires*, Ed. Economica, janvier 2009, p. 1438-1467.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997

plena aceitação do instituto". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1010).

³⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 19-22.

³¹ A respeito do ponto, confira-se: LUCAS VERDÚ, Pablo. *O sentimento constitucional*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gllago Anabidarte. Barcelona: Ariel, 1986, p. 200; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 37-39.

- CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2ª ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. A evolução da jurisdição constitucional na França, In: Revista Consultor Jurídico, 15.06.2013, Disponível eletronicamente através do seguinte endereço: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-15/observatorio-constitucional-historico-perspectivas-jurisdicao-constitucional-franca>>. Data de acesso: 04.08.2015.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da reforma constitucional de 23 de julho de 2008. In: *Revista Bonijuris*, v. 23, p. 23-27, 2011.
- DOKHAN, David. *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gllago Anabidarte. Barcelona: Ariel, 1986.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Uma Introdução à história social e política do processo*. In: Antônio Carlos Wolkmer. (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2a.ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, v. 1, p. 397-431.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *O sentimento constitucional*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LUNARDI, Soraya Gasparetto. Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações, In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos* | Belo Horizonte | n. 103 | pp. 285-306 | jul./dez. 2011
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ODENT, Raymond. *Contentieux administratif*, Paris: Les cours de droit, 1977, Tomo1.
- ROUSSEAU Dominique, La question prioritaire de constitutionnalité. Lextenso éditions, Gazette du Palais, 2010, 208 p..
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STAHL Jacques-Henri. La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité. Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Ed. Dalloz, janvier 2008, p. 993-1003

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISIS: UN ESTUDIO COMPARADO DEL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LA ARGENTINA Y DEL BRASIL

*CONSTITUTIONAL CRISIS SYSTEM: A COMPARATIVE STUDY OF THE
CONSTITUCIONAL ORDER OF ARGENTINA AND BRASIL*

ANA CLAUDIA MOREIRA MIGUEL PHILIPPINI¹

RESUMEN: Los Estados de Derecho tienen en las normas jurídicas los mecanismos para establecer a vida en sociedad, sea en momentos de normalidad sea en momentos de crisis. Para hacer frente a esas situaciones políticas o sociales adversas, los Estados deben tener en sus constituciones reglas excepcionales para permitir que, provisionalmente, el sistema de legalidad ordinaria sea substituido por una legalidad extraordinaria. Por lo tanto, el objetivo de la investigación es analizar desde la perspectiva jurídica y política los sistemas de crisis del orden constitucional argentina y brasileña. Los datos para la elaboración del estudio comprenden una triangulación de técnicas cuantitativas y cualitativas entre las que se destacan el análisis de contenido de documentos, las observaciones y la formulación de grillas. La principal conclusión obtenida del estudio comparativo es que el sistema constitucional de la Argentina es más estable y rígido que del Brasil, en que la utilización ocurrió más

como forma de dominación política que de defensa del Estado.

PALABRAS-CLAVES:

Constitucional. Sistema de crisis. Argentina. Brasil.

ABSTRACT: States of Law establishes institutions or laws which regulate life in society, including models of emergency powers in times of crisis. To face such situations, states should have in their constitutions exceptional rules to allow the legal system to be temporarily replaced by a special law. Therefore, the purpose of this paper is to analyze Argentine and Brazilian constitutional crisis system from legal and political perspective. This investigation was prepared with a quantitative and qualitative technique that includes the observation of actions, discourse analysis and formulation charts. The main conclusion obtained in this comparative study is that Argentina's constitutional system is more stable and rigid than Brazilian system, which is most widely used as a way of political domination than as a state of defense.

KEYWORDS:

Constitutional. Crisis system. Argentina. Brazil.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires, Mestre em Ciência Política (Aeroespaciais) pela Universidade da Força Aérea, especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Salesiano e em Direito em Administração Pública pela Universidade Castelo Branco. Bacharel em direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena

1. INTRODUCCIÓN

En el Estado de Derecho son las normas jurídicas que regulan la vida en sociedad, así sea en momentos de crisis. Son las leyes que establecen los mecanismos excepcionales para hacer frente a las situaciones político-institucionales o sociales adversas, de tal manera que permite, momentáneamente, que el sistema de legalidad ordinaria sea substituida por una legalidad extraordinaria.

Es preciso tener en cuenta, todavía, que, en el Estado de Derecho, la primacía de las leyes se compone de dos situaciones con significados diferentes. Bobbio enseña que las leyes deben ser entendidas como instrumento principal del poder del soberano, de su dominación. Para él, el gobierno ejerce el poder mediante órdenes individuales y concretas ajustadas a las leyes preexistentes (gobierno *sub lege*) o por medio de las normas generales y abstractas (gobierno *per leges*). Según Bobbio¹ (1985, p. 8):

Una cosa es que el gobierno ejerza el poder según leyes preestablecidas, y otra que lo ejerza mediante leyes, o sea, no mediante órdenes individuales y concretas. Las dos exigencias no se superponen: en un Estado de derecho, el juez, cuando emite una sentencia que es una orden individual y concreta, ejerce el poder *sub lege*, pero no *per leges*. Por el contrario, el primer legislador, el legislador constituyente, ejerce el poder no *sub lege* (salvo que se admita por hipótesis, como hace Kelsen, una norma fundamental), sino *per leges*, desde el momento mismo en que promulga una Constitución escrita. En la formación del Estado moderno, la doctrina del constitucionalismo, en que se resume toda forma de gobierno *sub lege*, *marcha* paralelamente a la doctrina de la primacía de la ley como fuente de Derecho, entendida la ley, por una parte, como expresión máxima de la voluntad del soberano —sea éste el príncipe o el pueblo— y, como tal, en oposición a la costumbre, y, por otra parte, como norma general y abstracta y, como tal, en oposición a las órdenes dadas oportunamente.

La distinción entre gobierno *sub lege* *per leges* importante no sólo por razones conceptuales, sino porque las ventajas que suelen atribuir a los gobiernos también son distintas. El mérito del gobierno *sub lege* consiste en impedir o obstaculizar

¹ BOBBIO, N. *¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?*, 1985. Disponible en: <<http://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/gobierno-de-los-hombres-o-gobierno-de-las-leyes.pdf>>. Acceso en: 15 sep. 2015.

el abuso de poder, mientras de la virtud del gobierno *per leges* proviene de las características propias de la ley, o sea, de ser norma impersonal y abstracta, de manera de no crear privilegio ni discriminaciones a las personas, garantizador, por lo tanto, igualdad, seguridad y libertad.

Sin embargo, se observa que el Estado de Derecho no se confunde con Estado Democrático², una vez que es posible un poder político dictatorial gobernar por medio de las leyes y en el marco de la ley. Un poder democrático, por su vez, se identifica con el gobierno *sub lege* en sentido estricto, por estar sometido su ejercicio a límites formales y materiales.

Roig³, por su vez, considerando la vinculación kelsiniana al imperativo de la pureza de la norma jurídica, enseña que es preciso concebir el Estado de Derecho compatible no con el gobierno *sub lege* en sentido estricto, sino con las nociones de gobierno *sub lege* y *per leges* en sentido amplio.

La teoría kelsiniana propone que el ordenamiento jurídico sea constituido como una cadena de normas que crean poderes y de poderes que crean normas, teniendo como base una norma superior puesta, la *Grundnorm*, de la cual depende la validez de todas las normas y poderes. Así, Kelsen ⁴(1999) funda su teoría en la normalidad y equilibrio social y, diferentemente de Schmitt ⁵(2007), no se preocupa con la excepción.

En realidad, Kelsen ⁶(2012) analiza brevemente el axioma de Schmitt de que el soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción para concluir que tal definición es inútil. También afirma que la excepción no puede comprobar algo, una vez que este sea el papel de la regla y utiliza para este propósito el argumento que existen constituciones que no prevén el estado de excepción y mismo así no dejan de ser Estados soberanos.

De esta manera, es posible concebirla teoría de Kelsen como un límite conceptual al estado de excepción, entendiendo este no como sinónimo de dictadura,

² El Estado de Derecho se refiere al modo de gobierno, o sea, si de las leyes o de los hombres. Ya la democracia versa sobre la forma de gobierno.

³ ROIG, F. J. A., **Poder, ordenamiento jurídico, derechos**, Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 1997.

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁵ SCHMITT, Carl, **O guardião da constituição**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁶ KELSEN, Hans, **Secular religion: a polemic against the misinterpretation of modern social philosophy, science and politics as "new religions"**. Wien/New York: Springer, 2012.

sino como un modo específico de ser del derecho, que se caracteriza por la suspensión de la norma⁷.

Por consiguiente, los Estados pasan a establecer un sistema de crisis en sus constituciones teniendo como objetivo las situaciones de emergencia y como finalidad la manutención o restablecimiento de la normalidad constitucional.

De acuerdo con Agamben⁸(2004), el estado de excepción tiene su origen formal con el Decreto de la Asamblea Constituyente francesa de 8 de julio de 1791, que distinguió el Estado de Paz (*État de Paix*), Estado de Guerra (*État de Guerre*) y Estado de Sitio (*État de Siège*). En el primer caso, las autoridades civiles y militares ejercerían sus funciones dentro de sus esferas de poder, en cuanto que en el segundo, buscarían actuar en conjunto para contener amenaza externa. En el tercer caso, por su vez, la autoridad militar asumiría, excepcionalmente, el comando de todas las funciones cuando amenazas externas provocasen desorganización a la orden interna.

Esa medida militar extraordinaria, con el transcurrir de los años, evaluó para un acto estrictamente político de carácter extraordinario, con la finalidad de reorganización interna. Consecuentemente, fue garantizado un carácter paradójico al instituto, una vez que la suspensión de la ley tiene ahora el objetivo de preservarla, diferenciando, así, el tiempo de normalidad y el tiempo de excepción.

Canotilho⁹ (1991) desarrolla las características básicas que las normas constitucionales que establecen la excepción acostumbra dibujar para las situaciones de crisis. Primero, ellas indican las autoridades competentes para la toma de providencias en situaciones de emergencia. Después, conceden al Poder Ejecutivo poderes para restablecer la normalidad.

Sin embargo, cuando se trata de previsiones muy amplias, esas pueden desestructurar el sistema constitucional de frenos y contrapesos. Un ejemplo de previsión amplia es el caso del artículo 16 de la Constitución francesa de 1958¹⁰, que así dispone:

Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation,
l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux

⁷ Suspensión y no aniquilación de la norma.

⁸ AGAMBEN, Giorgio, **Estado de excepción**, São Paulo: Boitempo, 2004.

⁹ CANOTILHO, J. J. G., **Direito Constitucional**, 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

¹⁰ Disponible en: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html#titre2>>. Acceso en: 30 sep. 2015.

sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel¹¹.

Es posible, aún, que el constituyente intente anticipar todas las situaciones de crisis capaces de justificar la adopción de medidas de emergencia, como el caso del artículo 116 de la Constitución española de 1978¹², que así establecía:

1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.
2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.
3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.
4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones. (...)

Empero, la desventaja de esta forma es que, como no es posible enumerar todas las situaciones de crisis, pueden ocurrir casos de ruptura en que no sea permitido adoptar esas medidas excepcionales.

Hay también la posibilidad que los actos del Ejecutivo sean aprobados posteriormente por el Legislativo, como en el caso del sistema constitucional británico, como, por ejemplo, el *Bill of Indemnity*.

¹¹ En español: "Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional". (Traducción de la autora)

¹² Disponible en: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf>. Acceso en: 30 sep. 2015

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISIS: UN ESTUDIO COMPARADO DEL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LA ARGENTINA Y DEL BRASIL

En síntesis, el sistema constitucional de crisis contempla la suspensión o restricción de algunos derechos. Según Ubertone (2007, p. 192¹³):

En la doctrina constitucional nunca se puede evitar hablar de la emergencia. Siempre pueden ocurrir situaciones de hechos (“emergencias”) que requieran ser afrontadas con herramientas jurídicas distintas de las épocas de normalidad.

Para las emergencias, las constituciones prevén algunas de estas herramientas, a las que se denomina “instituto de emergencias”.

En general, se reconocen como instituciones de emergencias los siguientes: estado de guerra, estado de sitio, estado de emergencia, estado de alarma, intervención federal, estado de defensa, estado de conmoción interior, entre otros.

Se considera estado de guerra el caso en que se otorgan facultades extraordinarias a las Fuerzas Armadas o la Policía para la administración de la justicia y resguardo del orden público por medio de una ley marcial.

Con concepto equivalente, el estado de sitio también concede a las Fuerzas Armadas o Policía facultades para los actos de represión, quebrándose garantías constitucionales suspendidas, con mayor o menor extensión, de acuerdo con las legislaciones de los Estados.

Ya el estado de emergencia ocurre en caso de perturbación de la paz u orden interna de un Estado, de manera que el gobierno restringe o suspende el ejercicio de algunos de los derechos individuales.

El estado de alarma, por su vez, es declarado teniendo en vista ciertos acontecimientos como catástrofe o calamidad pública, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

Siendo un instrumento de opresión federal, la intervención federal busca asegurar y proteger las autonomías provinciales en casos de situación de conflicto en una o más provincias o en caso de repeler invasiones exteriores.

En los casos en que hay necesidad de preservar o restablecer el orden público o la paz social amenazadas por una grave y eminente inestabilidad institucional o afectadas

¹³ UBERTONE, F. P., “Derecho constitucional, emergencia y emergencia permanente”. In: BERCHOLC, J., *El Estado y la emergencia permanente*, Buenos Aires: Lajouane, 2007.

por calamidades naturales de grandes proporciones puede decretarse el estado de defensa.

Por fin, se considera estado de conmoción interior aquel declarado en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana.

Es de destacar, sin embargo, que las denominaciones pueden variar de acuerdo con las constituciones de cada Estado y que cada uno adopta las instituciones más compatibles con sus órdenes jurídicas.

Considerando lo expuesto, lo que se hará en este trabajo es un estudio comparado del orden constitucional argentina y brasileña, de modo a analizar desde la perspectiva jurídica y política su aplicación en la historia de las constituciones.

Por consiguiente, existen dos preguntas que se imponen obligatorias: ¿Cómo se explica el sistema constitucional de crisis en cada país? y ¿Cuáles son las medidas de excepción utilizadas como instrumento de gobierno?

2. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

El orden constitucional de la Argentina tuvo tres constituciones fruto del poder constituyente originario, las constituciones de 1819, 1826 y 1853. La actual constitución, Constitución de la Nación Argentina de 1853, por su vez, fue alterada algunas veces desde su promulgación, siendo que en cada reforma fue posible verificar los valores ideológicos de cada época de la historia.

Bidart Campos ¹⁴(2004) considera, sin embargo, que la reforma de 1860 es reputada como ejercicio del poder constituyente originario y que las reformas fruto del poder constituyente derivado ocurrieron solamente en 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994. No obstante, afirma que la reforma de 1949 debe ser descartada, una vez que quedó sin vigencia con la proclama revolucionaria de 1956, bien como la enmienda transitoria de 1972, agotando su plazo de aplicación (BIDART CAMPOS¹⁵, 1998).

Considerando el sistema de crisis de la primera constitución argentina, o sea, de la Constitución de 1819, se destaca las atribuciones del Congreso para decretar la guerra

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., **Compendio de derecho constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 2004.

¹⁵ BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la constitución reformada**. Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 1998.

y establecer derechos, e imponer para las urgencias del Estado, contribuciones (ARGENTINA, 1819).

No obstante, como esa Carta Constitucional fue influenciada por la Constitución francesa de 1791 y por la española de 1819, siendo marcada por el liberalismo, no había reconocido instituciones específicas de crisis. Consecuentemente, las medidas de excepción no eran ejercidas en razón de una Constitución, pero en razón de la fuerza.

La misma situación de no especificación de las medidas de crisis permaneció con la Constitución de 1826. En ella, la atribución de declarar la guerra se mantuvo con el Congreso, pero ahora era necesario oír al jefe del Ejecutivo. En los términos de los artículos 86 y 87, el presidente era el jefe supremo y el responsable por la seguridad del Estado.

Acrece, todavía, que las contribuciones de urgencia fueron mantenidas por la constitución en el artículo 46 (ARGENTINA, 1826).

Con la Constitución de la Confederación Argentina, promulgada en 1 de mayo de 1853, y marcada por el ideal racionalista, fueron identificadas las dos situaciones excepcionales: guerra externa y conmoción interna. Así estaba previsto constitucionalmente las declaraciones de guerra, necesidad de intervención federal y de estado de sitio.

El estado de guerra, según Girotti¹⁶ (2007), era reglado en cuanto a su declaración; la entrada y salida de tropas; las represalias y reglamentos de presas; maneras de fijar las fuerzas en tiempo de guerra y de paz, bien como negociar la paz. La intervención federal, por su vez, regulaba que cuando las instituciones locales se vean amenazadas por guerra exterior, invasión de otra provincia o sedición interna, el gobierno central puede auxiliarlo a costa de los derechos políticos de los ciudadanos provinciales y de la soberanía popular. Ya el estado de sitio era otra medida ante la conmoción interna o la guerra internacional para los casos de riesgo de los ejercicios de los poderes gubernamentales o los derechos establecidos por la Constitución.

Para las urgencias fueron también establecidos impuestos de carácter urgente por el Congreso así como la posibilidad de contraer empréstitos.

¹⁶ GIROTTI, M. C., "Normalidad y Emergencia", en BERCHOLC, J., **El Estado y la emergencia permanente**, Buenos Aires: Lajouane, 2007.

Aunque la Constitución de 1856 tenga sido reformada cinco veces, solamente a reforma de 1994 hubiera introducido una modificación al sistema constitucional de crisis al añadir un nuevo mecanismo de crisis.

Girotti ¹⁷(2007) resume en pocas palabras el régimen de crisis en la Constitución de 1853, reformada en 1866, 1898, 1849 y 1957 hasta 1994.

Todas estas soluciones constitucionales tienen algo en común: ante la excepcionalidad se acrecientan las competencias del gobierno y, como correlato, se restringe el alcance de los derechos personales. La respectiva declaración – de guerra, de Estado de sitio y, en su caso, de necesidad de intervención federal – funciona como habilitante de la excepción: modifica transitoriamente la normalidad política, aumenta la competencia en el poder político y limita el estatus de libertad individual.

Con relación a la reforma de 1994, fue establecido un nuevo instituto de emergencia: el decreto de necesidad y urgencia, previsto en los artículos 80 y 99, 3 de la Constitución.

Según Ubertone ¹⁸(2007) los decretos de necesidad y urgencia son actos mediante o cual el Poder Ejecutivo puede crear normar jurídicas en caso de emergencia político o institucional, sin que se requieran la sanción por parte del Poder Legislativo.

Al respecto de esos decretos, Bidart Campos ¹⁹(1989) considera siempre como inconstitucionales en razón de la división de poderes que demarca la constitución Argentina, que es suprema y rígida, de manera a no admitir ni por razones de urgencia y necesidad, que el Poder Ejecutivo ejerza la competencias del Congreso.

El cuadro abajo es una síntesis de todo el sistema de crisis en la historia argentina desde la constitución de 1819 hasta la reforma de 1994.

Sistema constitucional argentino de crisis

Constitución	Vigencia	Instituto	Previsión	Competencia
1819	7 años	Estado de guerra y contribuciones urgentes	Art. XXXII y XXXIII	Congreso

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ UBERTONE, F. P., "Derecho constitucional, emergencia y emergencia permanente. In: BERCHOLC, J., **El Estado y la emergencia permanente**, Buenos Aires: Lajouane, 2007.

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la constitución reformada**. Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 1998.

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISIS: UN ESTUDIO COMPARADO DEL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LA ARGENTINA Y DEL BRASIL

1826	26 años	Estado de guerra y contribuciones urgentes	Art. 40, 46, 86 y 86	Presidente (declarar) y Congreso (aprobar)
1856 (con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957)	163 años	Estado de guerra, Intervención federal y estado de sitio Impuestos y Empréstito	Art. 4, 6, 23, 49, 64 y 83	Presidente (declarar) y Congreso (aprobar)
Reforma de 1994		Decreto de necesidad y urgencia	Art. 4, 6, 23, 75, 99	

Fuente: Elaboración propia según textos constitucionales.

3. ANÁLISIS DE LAS CONSTITUCIONES BRASILEÑAS

El orden constitucional brasileña fue alterada diversas veces desde la otorga de la Constitución del Imperio en 1824 hasta la promulgación de la Constitución ciudadana de 1988. En cada ruptura es posible observar los valores ideológicos de cada época de la historia.

Bonavides ²⁰(2004) enseña, inclusive, que el desarrollo del constitucionalismo en Brasil presenta tres fases históricas, perfectamente identificables en relación a los valores jurídicos y políticos. El primer período se extiende desde la proclamación de la independencia, en 1822, hasta el advenimiento de la república, en 1889, y presenta un modelo constitucional semejante al francés e inglés del siglo XIX. El segundo, influenciado por el federalismo y presidencialismo estadounidense, empieza con la promulgación de la Constitución de 1891 y termina con el Decreto n° 19.398/1930. Por fin, el tercero período, aún en curso, tiene inicio con la Constitución de 1934, influenciada por las constituciones alemanes de Weimar de 1919 y de Bonn de 1949.

En el constitucionalismo del Imperio, o sea, en la primera fase, se destaca la Constitución Política del Imperio del Brasil ²¹(BRASIL, 1824), elaborada por el Consejo del Estado y otorgada por el Imperador Don Pedro I, 25 de marzo de 1824.

La Carta Constitucional de 1824 fue influenciada por la Constitución francesa de 1814 y marcada por el centralismo administrativo y político, por el unitarismo y absolutismo. Su principal característica fue adoptar el modelo de repartición de los poderes cuadripartita de Constant ²²(1968) en el lugar del modelo tripartido de

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

²¹ BRASIL., **Constituição Política do Império do Brasil**, 1824. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acceso en: 04 oct. 2015.

²² CONSTANT, B., **Curso de política constitucional**, Madrid: Taurus, 1968.

Montesquieu ²³(1752), partiendo de la teoría de la realeza como poder neutro, moderador y encima de las peleas de clases, que intervén en las grandes crisis. Es el soberano la base del trono y el límite de los demás poderes, capaz de actuar en los momentos de ruptura política y jurídica.

Así, de acuerdo com el artículo 10: *“Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial²⁴”* (BRASIL, 1824, p. 2).

El Poder Legislativo era representado por dos casas, la Cámara de los Diputados, con cadera electiva y temporaria, y el Senado, con cargos electivos y vitalicios. El Judicial era ejercido por jueces de derecho con cargos vitalicios y por jurados. El Ejecutivo tenía como jefe el Emperador, pero era ejercido por los ministros. Por fin, el Poder Moderador, concedido al Emperador, hacía de él, inviolable y sagrado, sin ninguna responsabilidad.

Existía, todavía, un Consejo de Estado con la función principal de aconsejar al Emperador todas las veces que el Poder Moderador fuese utilizado²⁵. En el primero reinado, el Emperador debía oír el Consejo de Estado todas las veces que necesitase utilizar las prerrogativas del poder Moderador. Ya en el segundo reinado, esa consulta pasó a ser facultativa.

Por esta razón Schmitt²⁶ (2007), al disertar al respecto del poder neutro, cita la Constitución brasileña de 1824, una vez que, para él, el Poder Moderador se presenta como aquel que, estando encima de los otros, sirve para la defensa de la decisión política soberana.

Consecuentemente, el Poder Moderador ejercido por todo el Imperio fue la clave de la organización política brasileña de este periodo, una vez que resultó en la centralización del gobierno y Estado, bien como en las constantes intervenciones e imposiciones del imperador, justificando por sesenta y cinco años el estado de excepción permanente.

Sin embargo, el poder de la monarquía fue debilitándose a partir de 1860. Los militares demostraban el descontentamiento con el monarca, principalmente en el curso de la Guerra del Paraguay, debido a la política de reducción del dinero y efectivo militar.

²³ MONTESQUIEU, C. *The spirit of law*. 1752. Disponible en: <<http://www.constitution.org/cm/sol.txt>>. Acceso en: 05 ene. 2011.

²⁴ En español: “Los Poderes Políticos reconocidos por la Constitución del Imperio del Brasil son cuatro: el Poder Legislativo, el Poder Moderador, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial”. (Traducción de la autora).

²⁵ Estudiar el Poder Moderador constituye una tarea difícil, una vez que no hay convergencia sobre el tema. Así las visiones diferenciadas acaban por confundir al investigador por no existir, en esos periodos, documentación comprobatoria de su utilización.

²⁶ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

También contribuyeron para enfraquecer del sistema, el Manifiesto del Centro Liberal, de 1869, y el Manifiesto Republicano, de 1870, que criticaban los cargos vitalicios de los senadores, bien como las divergencias entre la Monarquía y la Iglesia Católica en 1874. Como consecuencia, en 15 de noviembre de 1889, fue proclamada la República por Deodoro da Fonseca.

Hasta la elaboración de una nueva orden constitucional, que solamente se dio en 1891, fue instalado en Brasil un gobierno provisional, en los términos de Decreto nº 1, de 15 de noviembre de 1889, siendo la forma de Estado, la federación, y la forma de gobierno, la república, presidida por el propio Deodoro da Fonseca. En realidad, se trataba de un régimen de excepción ejercido no en razón de una Constitución, sino en razón de la fuerza. En ese gobierno provisional, el instituto de emergencia estaba disciplinado en el artículo 6º, que así establecía:

Em qualquer dos Estados, onde a ordem pública for perturbada e onde faltarem ao governo local meios eficazes para reprimir as desordens e assegurar a paz e tranquilidade públicas, efetuará o Governo Provisório a intervenção necessária para, com o apoio da força pública, assegurar o livre exercício dos direitos dos cidadãos e a livre ação das autoridades constituídas²⁷. (BRASIL, 1889, p. 1)

Según Bonavides y Andrade ²⁸(1991), considerando que en ese decreto había solamente once artículos, es posible verificar el peso de ese instituto, siendo, todavía, algo que influenció todo el debate político de los años siguientes.

Así, después de un año y tres meses de estado de excepción fue proclamada la primera constitución republicana brasileña, de manera de ingresar en la segunda fase histórica.

Con la Constitución da República de los Estados Unidos del Brasil, promulgada en 24 de febrero de 1891, cambiarían todos los valores y principios de la organización del Estado, así como se rompería con la visión cuadripartita de Constant ²⁹(1968) para adoptar la doctrina de Montesquieu ³⁰(1752) con un Poder Ejecutivo, un Legislativo y un

²⁷En español: “En cualquier de los Estados en el orden público fue alterada y donde carecen al gobierno local los medios eficaces para reprimir los desórdenes y garantizarla paz y la tranquilidad pública, efectuar el Gobierno Provisional la intervención necesaria para, con el apoyo de la fuerza pública, garantizar el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos y la libre acción de las autoridades constituídas”. (Traducción de la autora).

²⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1991.

²⁹ CONSTANT, B. **Curso de política constitucional**, Madrid: Taurus, 1968.

³⁰ MONTESQUIEU. C. **The spirit of law**. 1752. Disponible en: <<http://www.constitution.org/cm/sol.txt>>. Acceso en: 05 ene. 2011.

Judicial, extinguiendo, de vez, el Poder Moderador. Además, similarmente al modelo estadounidense, los poderes estaban equilibrados por el sistema de frenos y contrapesos.

No obstante, conjuntamente con la forma de Estado federal y la forma de gobierno republicano, la nueva orden constitucional optó por el sistema de gobierno presidencialista, influenciado también por el modelo constitucional de los Estados Unidos.

Analizando formalmente la Constitución de 1891, es posible verificar el dibujo de la Constitución estadounidense de 1787, completada con algunas disposiciones de las Constituciones de Argentina de 1853 y de Suiza de 1848, consagrando la visión liberal, con destaque para los ideales de Rui Barbosa.

Con relación al instituto de emergencia, su previsión estaba en el artículo 6º³¹(BRASIL, 1891), que establecía la no intervención del gobierno, salvo en los casos de repeler invasión extranjera o de un Estado en otro, mantener la forma republicana federativa, restablecer el orden y tranquilidad en los Estados y, por fin, asegurar la ejecución de las leyes y sentencias federales. Competía al Congreso Nacional y al Presidente en esos casos declarar el estado de sitio, en los términos de los artículos 34, § 21 y 48, §15, siendo que, en esas situaciones, serían suspendidas las garantías constitucionales por el tiempo establecido, según el artículo 80.

La Constitución de 1934 fue fundada jurídicamente con base en el Estado social alemán, establecido por Bismarck y perfeccionada por la constitución de Weimar de 1919. En esa nueva orden fueron inseridos principios de aspectos sociales y la perspectiva de un Estado social de derechos, donde se nota, todavía, la influencia fascista. Getulio Vargas se mantuvo en el poder como presidente después de ser electo por la Asamblea Constitucional, en términos del artículo 1º de las Disposiciones Transitorias³²(BRASIL, 1934).

Con relación al sistema de emergencia creado en 1934, fueron establecidos el estado de sitio y la intervención federal, ambos de competencia del Poder Ejecutivo, conforme el artículo 40, i y j, debidamente autorizados por el Legislativo. El estado de sitio podría ser decretado en los casos de inminente agresión extranjera o emergencia en la insurrección armada (artículo 175), en cuanto que la intervención podría ocurrir para mantener la integridad nacional, repeler la invasión extranjera o de un estado en otro,

³¹ BRASIL., **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil**, 1891. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acceso en: 04 oct. 2015.

³² BRASIL., **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1934. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acceso en: 10 oct. 2015.

poner fin a la guerra civil, garantizar el ejercicio de cualquiera de los poderes públicos estaduales, asegurar el cumplimiento de los principios constitucionales denominados sensibles, reorganizar las finanzas del Estado y para ejecutar las órdenes y decisiones de los jueces y tribunales federales (artículo 12).

Ya la Carta de 1937 tenía, según Lenza³³ (2014) raíces en la constitución polonesa fascista de 1935, impuesta por Josef Pilsudski. Esa constitución estaba impregnada de ambigüedades ideológicas, una vez que conciliaba elementos autoritarios y represivos con dispositivos que garantizaban los derechos sociales. Sin embargo, ella debía ser sometida a plebiscito, en conformidad con el artículo 187³⁴ (BRASIL, 1937), algo que nunca sucedió.

La nueva orden constitucional fortaleció el Poder Ejecutivo, manteniendo bajo control el Poder Legislativo y Judicial. La forma federativa del Estado fue abalada con la designación de interventores, así como los derechos fundamentales, debido a actividad de la policía especial y del Departamento de prensa y propaganda. Fue instituida la previsión de pena de muerte para los casos de crimen político y, como instrumento de represión, fue utilizado el Departamento de Orden Política y Social. Considerando que el Congreso fue disuelto, Getulio Vargas pasó a gobernar por Decreto-ley, de manera a legislar sobre todas las materias de competencia del Poder Legislativo, en conformidad con el artículo 180 de la Constitución ³⁵(BRASIL, 1937). Un ejemplo fue el Decreto-ley nº 37, del 2 de diciembre de 1937³⁶, que disolvió todos los partidos políticos.

Los institutos de emergencias estaban en un capítulo propio de la constitución, disciplinados a partir del artículo 166. Fueron establecidos el estado de emergencia, para los casos de amenaza externa o inminente perturbación interna o existencia de plano o conspiración contra la seguridad del Estado, y el estado de guerra, en los casos de uso de las fuerzas armadas, sin la necesidad de autorización del Congreso en los dos casos ³⁷(BRASIL, 1937).

Había, todavía, lo dispuesto en el artículo 170, que retiraba de la apreciación del Poder Judicial todos los actos practicados en el estado de emergencia y de guerra, bien

³³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁴ BRASIL., *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1937. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acceso en: 11 oct. 2015.

³⁵ BRASIL., *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1937. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acceso en: 11 oct. 2015.

³⁶ Disponible en: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-37-2-dezembro-1937-354175-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acceso en: 11 oct. 2015.

³⁷ Ibidem.

como el artículo 171, que daba al presidente la posibilidad de retirar la vigencia de determinadas partes de la constitución en los casos de estado de guerra. No obstante, fue creado el Tribunal de Seguridad Nacional, a través de Decreto nº 244, del 11 de septiembre de 1936³⁸, para juzgar los acusados de participar o promover movimientos contra la seguridad externa e interna del Estado, siendo los jueces escogidos por el Presidente y subordinados a la Justicia Militar.

Así, el Brasil tuvo como regla el estado de excepción en el período que se comprendió de 1937 hasta 1945.

El 18 de septiembre de 1946 se promulgó una nueva constitución³⁹ (BRASIL, 1946), inspirada en los ideales liberal de la Constitución de 1891 y social de la Constitución de 1934. Fueron recuperados el principio federativo, la armonía de los tres poderes, las garantías y libertades individuales. Por otro lado, fue vetado la pena de muerte, salvo en los casos de guerra.

Los institutos de emergencia fueron disciplinados en los artículos 206 y siguientes, para los casos de estado de sitio, y 7º, para los casos de intervención federal. La competencia para la declaración del estado de sitio en los casos de conmoción grave, con o sin guerra civil, o guerra externa pasó a ser del Congreso y no más del presidente, pudiendo este decretar apenas en los casos de intervalos de las secciones legislativas. La intervención federal volvió a ser la excepción y no la regla como en la constitución anterior⁴⁰(BRASIL, 1946).

A partir de abril de 1964, fue instituido el Supremo Comando de la Revolución y el gobierno pasó a ser administrado por los militares. Con eso, se instauró en el Brasil un estado de excepción permanente, iniciado con la edición del Acto Institucional nº 1, del 9 de abril de 1964, pasando toda la competencia para las manos del presidente.

La Constitución de 1967 asimiló las características de la Carta de 1937, con una preocupación con la seguridad nacional, la centralización del poder por el presidente, una disminución de garantías y derechos individuales. Los institutos de emergencia fueron

³⁸ BRASIL., Disponible en: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-244-11-setembro-1936-503407-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acceso en: 11 oct. 2015.

³⁹ BRASIL., **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 1946. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acceso en: 11 oct. 2015.

⁴⁰ BRASIL., **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 1946. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acceso en: 11 oct. 2015.

disciplinados en los artículos 152 y siguientes, para el estado de sitio, y 10 y siguientes, para la intervención federal. Ambos de competencia del presidente⁴¹ (BRASIL, 1967).

Según Silva (2005), como las crisis no cesaron, el 13 de diciembre de 1968 fue editado el Acto Institucional n 5º, rompiendo la orden constitucional y lo cual se siguieron otros actos complementarios y decretos, culminando con la Enmienda Constitucional n° 1, del 17 de octubre de 1969⁴². A pesar del nombre, esa enmienda se trató de una nueva constitución otorgada por acto político. Empero las disposiciones al respecto del estado de sitio (artículo 155 e siguiente) e intervención federal (artículo 10 y siguientes) fueron mantenidos.

Por consiguiente, el Estado brasileño vivió en un estado de excepción permanente hasta el inicio de 1984, cuando los movimientos por la redemocratización del país ganaron fuerza, resultando en la elección presidencial el 15 de enero de 1985.

Aunque electo indirectamente, la victoria de Tancreto Neves marcó el inicio de la nueva república. Con su muerte antes de la pose, asumió su vice, José Sarney, que cumpliendo con los compromisos de transición, convocó una Asamblea Constituyente.

El 5 de octubre de 1988, fue promulgada la Constitución de la República Federativa del Brasil (BRASIL, 1988), influenciada por la constitución portuguesa de 1976 y con características liberales, democráticas y mayor legitimidad popular.

Presentó dos institutos destinados a defensa del Estado y de la democracia: el estado de defensa y el estado de sitio. Para el restablecimiento de la orden, presento la intervención federal y estadual como ruptura temporaria de la federación⁴³.

Las hipótesis de estado de defensa están establecidas de forma taxativa en el artículo 136. Así compete al presidente decretar el estado de defensa, después de oír al Consejo de la República y al Consejo de la Defensa, en los casos de preservar o restablecer, en locales restringidos y determinados, el orden y la paz amenazadas por graves e inminente inestabilidad institucional o atingidas por calamidades de grandes proporciones de la naturaleza. Como garantía del sistema, la constitución previó un

⁴¹ BRASIL., *Constituição do Brasil*, 1967. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acceso en: 11 oct. 2015.

⁴² Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acceso en: 11 oct. 2015.

⁴³ Parte de la doctrina considera otro instituto como medida de excepción: las medidas provisionales del presidente, previstas en el artículo 62 de la Constitución de 1988.

control político (del Congreso) o jurisdiccional (del Supremo Tribunal Federal) posterior o concomitante, en los términos de los artículos 136, § 4º al 7º, 140 y 141⁴⁴(BRASIL, 1988).

Ya los casos del estado de sitio están en el artículo 137, también de forma taxativa. Cabe al presidente decretar en casos de conmoción grave de repercusión nacional, en los casos de ineficacia de las medidas adoptadas en el estado de defensa y en caso de guerra o respuesta armada extranjera. Hay también la necesidad de que sean oídos los Consejos de la República y de la Defensa. Sin embargo, al contrario del estado de defensa, para que sea decretado el sitio, el control político es previo, una vez que el presidente solicita la autorización del Congreso, que se manifiesta por mayoría absoluta de los miembros.

Con relación a la intervención, esa está prevista en los artículos 34 (federal) y 35 (estadual) de la constitución, siendo uno mecanismo excepcional en que la Unión Federal actúa limitando la autonomía de uno de sus Estados Miembros o Distrito Federal o el Estado Miembro limitando la autonomía de un de sus Municipios. Compete al presidente o gobernador decretar la intervención, especificando la amplitud, plazo y condiciones de ejecución, bien como el interventor, siendo, empero, sometido al examen del Poder Legislativo Federal o Estadual, pudiendo haber, todavía, un control del Poder Judicial Federal o Estadual.

Acrece que las denominadas “Medidas Provisórias”, institutos similares a los decretos de necesidad y urgencia argentino no son consideradas medidas de crisis debido al controle a posteriori por el Poder Legislativo.

El cuadro abajo es una síntesis de todo el sistema de crisis en la historia brasileña desde la constitución de 1824 hasta la de 1988.

Sistema constitucional brasileño de crisis

Constitución	Vigencia	Instituto	Previsión	Competencia
1824 Decreto nº 1/1889 ¹	65 años 1 año y 3 meses	Poder Moderador Intervención	Art. 10 Art 6º	Emperador Presidente
1891 Decreto nº 19.398/30 ²	39 años	Estado de sitio	Art. 6, 34, § 21, 48, §15 y 80	Congreso o Presidente
	4 años	Estado de sitio e interven- ción	Art. 5 y 10	Presidente
1934	3 años	Intervención, estado de si- tio y de guerra	Art. 12 y 175	Presidente

⁴⁴ BRASIL, Constituição da república federativa do Brasil, 1988. Disponible en: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acceso en: 11 oct. 2015.

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISIS: UN ESTUDIO COMPARADO DEL ORDEN CONSTITUCIONAL DE LA ARGENTINA Y DEL BRASIL

1937	9 años	Intervención, estado de emergencia y de guerra	Art. 166 y siguientes	Presidente
1946 A.I. n° 1/64	18 años	Intervención y estado de sitio	Art. 7 y 206 y siguientes	Congreso o Presidente ³
	3 años	Estado de sitio	Art. 6 ²	Presidente
1967 E.C. n° 1/69	2 años	Intervención y estado de sitio	Art. 10 y 152 y siguientes	Presidente
	19 años	Intervención y estado de sitio	Art. 10 y 155 y siguientes	Presidente
1988	27 años	Intervención, estado de defensa y de sitio	Art. 34 y 35, 136 y 137	Presidente ⁴

¹ Siguió a la proclamación de la república, caracterizando por disciplinar un periodo de excepción, en el cual el gobierno era ejercido por un decreto y no por una constitución.

² marcó el fin de la primera república y la institución de un gobierno provisional.

³ Regla es el Congreso. El presidente es la excepción.

⁴ Hay un control político y jurídico hecho por el Congreso o por el Supremo Tribunal Federal

Fuente: Elaboración propia según textos constitucionales.

4. CONCLUSIONES

Sobre la base de lo que se discutió en esta investigación, se concluye que el sistema constitucional de crisis existe para regular situaciones político-institucionales o sociales adversas. Los institutos de emergencia no se confunden con anarquía, una vez que permiten, provisionalmente, que el sistema de legalidad ordinaria sea substituida por una legalidad extraordinaria. O sea, siempre basado en la ley sea constitucional o infra constitucional. Es importante tener en cuenta que las medidas de excepción utilizadas como instrumento de gobierno varían conforme las constituciones de cada Estado y que local adopta los instrumentos más compatibles con sus órdenes jurídicas.

Con relación al estudio comparativo de las constituciones argentina y brasileña, fue posible observar que el sistema constitucional argentino, incluyendo los mecanismos de crisis, es más estable y rígido que el brasileño, que se alteró diversas veces. No obstante, se verifica la importancia del instituto y su utilización más como forma de dominación política que como forma de defensa del Estado en los dos países.

5. BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, Giorgio **Estado de excepción**, São Paulo: Boitempo, 2004.

ARGENTINA, **Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica**, 1819. Disponible en: https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_la_Naci%C3%B3n_Argentina_%281819%29. Acceso en: 04 abr. 2016.

- _____, **Constitución de la Nación Argentina**, 1826. Disponible en: <https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_la_Naci%C3%B3n_Argentina_%281826%29>. Acceso en: 04 abr. 2016.
- _____, **Constitución de la Nación Argentina**, 1853. Buenos Aires: Ediciones del País, 2015.
- BOBBIO, Norberto **¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes?**, 1985. Disponible en: <<http://omegalfa.es/downloadfile.php?file=libros/gobierno-de-los-hombres-o-gobierno-de-las-leyes.pdf>>. Acceso en: 15 sep. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BONAVIDES, P.; ANDRADE, Paulo. **História constitucional do Brasil**, Rio de Janeiro: Paz e terra, 1991.
- BRASIL., **Constituição Política do Império do Brasil**, 1824. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acceso en: 04 oct. 2015.
- _____, **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil**, 1891. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acceso en: 04 oct. 2015.
- _____, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1934. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acceso en: 10 oct. 2015.
- _____, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 1937. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acceso en: 11 oct. 2015.
- _____, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 1946. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acceso en: 11 oct. 2015.
- _____, **Constituição do Brasil**, 1967. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acceso en: 11 oct. 2015.
- _____, **Constituição da república federativa do Brasil**, 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acceso en: 11 oct. 2015.
- _____, **Decreto nº 1.1889**. Disponible en: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html>>. Acceso en: 05 oct. 2015.
- BIDART CAMPOS, German J., **Compendio de derecho constitucional**, Buenos Aires: Ediar, 2004.

- _____, *Manual de la constitución reformada*, Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 1998.
- _____, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: Ediar, 1989.
- CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional*, 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- CONSTANT, B., *curso de política constitucional*, Madrid: Taurus, 1968.
- GIROTTI, M. C., “Normalidad y Emergencia”, en BERCHOLC, J., *El Estado y la emergência permanente*, Buenos Aires: Lajouane, 2007.
- KELSEN, H., *Secular religion: a polemic against the misinterpretation of modern social philosophy, science and politics as “new religions”*. Wien/New York: Springer, 2012.
- _____, *Teoria pura do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*, São Paulo: Saraiva, 2014.
- MONTESQUIEU, C. *The spirit of law*. 1752. Disponible en: <<http://www.constitution.org/cm/sol.txt>>. Acceso en: 05 ene. 2011.
- ROIG, F. J. A., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 1997.
- SCHMITT, C., *O guardião da constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, J. A., *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 2005.
- UBERTONE, F. P., “Derecho constitucional, emergencia y emergencia permanente”, en BERCHOLC, J., *El Estado y la emergência permanente*, Buenos Aires: Lajouane, 2007.

ufjf

UNIVERSIDADE
FEDERAL DE JUIZ DE FORA

ufjf | CAMPUS GV

PROEX

OJS

OPEN JOURNAL
SYSTEM

PKP

PUBLIC
KNOWLEDGE
PROJECT

NIGÉRIA GANA ETIÓPIA
MADAGÁSCAR ARGÉLIA ERITRÉIA
MALI REPÚBLICA CENTRO-
AFRICANA GÂMBIA GUINÉ-BISSAU
CONGO-BRAZZAVILLE BURÚNDI
EGITO UGANDA SUDÃO GUINÉ
SENEGAL TANZÂNIA SERRA LEOA
BOTSUANA ZIMBÁBUE COSTA DO
MARFIM CAMARÕES CHADE JIBUTI
SUDÃO DO SUL GABÃO MALÁUI
SUAZILÂNDIA TOGO ANGOLA
ZÂMBIA GUINÉ EQUATORIAL
MOÇAMBIQUE LESOTO SOMÁLIA
LIBÉRIA COMORES QUÊNIA NÍGER
MAURITÂNIA MAURÍCIA BENIM
CABO VERDE ÁFRICA DO SUL
RUANDA REPÚBLICA
DEMOCRÁTICA DO CONGO
MARRUCOS SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE
LIBIA TUNÍSIA BURQUINA FASO
NAMÍBIA SEICHELES JORDÂNIA
EMIRADOS ÁRABES UNIDOS
TURQUIA TURCOMENISTÃO
CAZAQUISTÃO AZERBAIJÃO
IRAQUE BRUNEI TAILÂNDIA
LÍBANO QUIRGUISTÃO
AFEGANISTÃO NEPAL CUAITE
MALÁSIA BANGLADEXE SÍRIA
CATAR TAJIQUISTÃO ARMÊNIA
VIETNAM PAQUISTÃO INDONÉSIA
ISRAEL ESTADO DA PALESTINA