

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUCIA CAROLINA RAENKE ERTEL

**A INCORPORAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS
À ORDEM CONSTITUCIONAL NO BRASIL E NA ARGENTINA**

**PORTO ALEGRE
2022**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCIA CAROLINA RAENKE ERTEL

**A incorporação do direito internacional dos direitos humanos à ordem
constitucional no Brasil e na Argentina**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de mestra em Direito, sob
orientação da Professora Dra. Roberta Camineiro
Baggio.

PORTO ALEGRE
2022

BANCA EXAMINADORA

Professora Dr^a. Roberta Camineiro Baggio
Orientadora

Professora Dr^a. Jânia Maria Lopes Saldanha

Professora Dr^a. Patrícia da Costa Machado

Professor Dr. Rodrigo Luz Peixoto

RESUMO

A presente dissertação de mestrado se propõe a responder o seguinte problema de pesquisa: que fatores foram determinantes para que o direito internacional dos direitos humanos encontrasse melhores condições de aplicação na Argentina do que no Brasil no período de redemocratização? A hipótese trabalhada é a de que a forma como o direito internacional dos direitos humanos foi internalizado no Brasil e na Argentina está relacionada diretamente com as decisões políticas tomadas durante os processos de redemocratização, sendo possível identificar movimentos favoráveis ou contrários ao impulsionamento da aplicação e desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos em cada país. Para desenvolver a pesquisa foi realizada a análise de documentação legislativa – os debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 e da tramitação da Emenda Constitucional 45/2004 no Brasil e os debates da *Convención Nacional Constituyente* de 1994 na Argentina – e a análise de decisões judiciais selecionadas das Cortes Constitucionais de cada um dos países. O contexto histórico das ditaduras e das transições políticas para a democracia também foi objeto da pesquisa. Como método de abordagem foi utilizada a metodologia da sociologia histórica. Ao final a hipótese é confrontada com os resultados encontrados em cada país, que são comparados, e reflete-se acerca da relação entre democracia e direitos humanos.

Palavras-Chave: direito internacional dos direitos humanos; transição democrática; reforma constitucional; Brasil; Argentina.

RESÚMEN

La presente disertación de maestría se propone responder al siguiente problema de investigación: ¿qué factores fueron determinantes para que el derecho internacional de los derechos humanos encontrara mejores condiciones de aplicación en Argentina que en Brasil durante el período de redemocratización? La hipótesis trabajada es que la forma en que se interiorizó el derecho internacional de los derechos humanos en Brasil y Argentina está directamente relacionada con las decisiones políticas tomadas durante los procesos de redemocratización, lo que permite identificar movimientos a favor o en contra del impulso de la aplicación y desarrollo de derecho internacional de los derechos humanos en cada país. Para desarrollar la investigación se realizó un análisis de la documentación legislativa -los debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1988 y la tramitación de la Enmienda Constitucional 45/2004 en Brasil y los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994 en Argentina - y el análisis de decisiones judiciales seleccionadas de las Cortes Constitucionales de cada país. El contexto histórico de las dictaduras y las transiciones políticas a la democracia también fue objeto de la investigación. Como método de abordaje se utilizó la metodología de la sociología histórica. Al final, se confronta la hipótesis con los resultados encontrados en cada país, los cuales se comparan, y se reflexiona sobre la relación entre democracia y derechos humanos.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos; transición democrática; reforma constitucional; Brasil; Argentina.

LISTA DE SIGLAS

ABI – Associação Brasileira de Imprensa

AI – Atos Institucionais

ANC – Assembleia Nacional Constituinte

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

CNV – Comissão Nacional da Verdade

CONADEP – *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*

CSJN – *Corte Suprema de Justicia de La Nación*

DIDH – Direito Internacional Dos Direitos Humanos

DCD – Diário da Câmara dos Deputados

DSF – Diário do Senado Federal

DSN – Doutrina de Segurança Nacional

DEAQ – Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação da Câmara dos Deputados

EC – Emenda Constitucional

MDB – Movimento Democrático Brasileiro

UNE – União Nacional dos Estudantes

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PT – Partido dos Trabalhadores

PPB – Partido Progressista Brasileiro

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Federal de Recursos

TST- Tribunal Superior do Trabalho

AGRADECIMENTOS

A trajetória até a conclusão da dissertação e do mestrado foi longa, mas não foi solitária. Essa dissertação somente foi concluída porque estive rodeada de pessoas que acreditaram em mim e contribuíram para esta pesquisa das mais variadas formas.

Meu primeiro muito obrigada é para a minha orientadora Professora Dra. Roberta Baggio, que não só orientou com competência como também com afeto e mostrou que a academia pode ser um lugar acolhedor. Essa dissertação não teria existido sem o teu constante apoio e confiança de que eu seria capaz. Agradeço também à banca, às Professoras Dra. Jânia Saldanha e Patrícia da Costa Machado e ao Professor Dr. Rodrigo Luz Peixoto que trouxeram muitas contribuições para a dissertação desde a banca de qualificação. Obrigada pela leitura tenta e pela arguição que somou ao trabalho.

Agradeço ao Pablo, meu companheiro de vida, que sempre esteve ao meu lado para ser abrigo, que sempre acreditou em mim mais do que eu mesma e que fez este caminho ser mais leve, feliz e cheio de amor. Agradeço também às minhas amigas, sem nominar para não cometer o erro de esquecer nenhum nome. Ter vocês para conversar sobre as angústias do mestrado e para comemorar cada pequena etapa concluída foi muito importante.

Deixo registrado o meu muito obrigada aos meus pais, Luciano e Maria Isabel, que possibilitaram que eu tivesse as condições materiais para que pudesse me dedicar integralmente ao mestrado e à pesquisa nos últimos dois anos e que da sua maneira sempre demonstraram o seu apoio. Agradeço aos meus tios Tilberto e Felícia que foram abrigo e afeto durante toda a minha graduação, que foi uma etapa essencial para que eu pudesse chegar ao mestrado. Registro meu agradecimento à minha irmã Johanna que sempre acreditou em mim e que dividiu comigo dias e noites de estudo acompanhadas de muitas xícaras de café e chocolate durante a escrita da dissertação.

A longa lista de agradecimentos mostra o quanto essa dissertação foi uma realização coletiva, que envolveu muito mais do que o trabalho solitário de leitura, pesquisa e escrita que realizei. Essa rede de convivência e de apoio foi essencial, considerando, principalmente, o contexto em que o mestrado e a dissertação foram

realizados em meio à pandemia da covid-19 que chegou e mudou a vida de todos. A vida acadêmica é cheia de desafios, e viver academia durante uma pandemia foi um desafio ainda maior.

Por fim registro meu desejo de que esta dissertação possa ser uma fonte de pesquisa para os futuros pesquisadores interessados pelo tema. Que esta pesquisa possa contribuir para o entendimento sobre a incorporação do direito internacional dos direitos humanos no Brasil e na Argentina, tendo em mente a importância de seguir buscando a efetividade desses direitos hoje e sempre.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| 1. INTRODUÇÃO | 11 |
| 2. METODOLOGIA E CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS | 17 |
| 2.1. A aplicação da metodologia da sociologia histórica ao problema de pesquisa..... | 17 |
| 2.1.1. Hibridação de disciplinas e uma “sociologia histórica do jurídico” | 24 |
| 2.1.2. A longa duração de Braudel: estrutura | 26 |
| 2.1.3. Comparação individualizadora | 28 |
| 2.2. Abertura constitucional e a relação entre democracia e direitos humanos | 31 |
| 3. O CASO BRASILEIRO | 36 |
| 3.1. O contexto da ditadura e da transição política no Brasil: legalidade autoritária e transição negociada | 37 |
| 3.2. Debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e da Emenda Constitucional 45/2004..... | 58 |
| 3.2.1. Análise dos debates sobre a internalização do direito internacional dos direitos humanos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987..... | 58 |
| 3.2.2. Análise dos debates sobre a internalização do direito internacional dos direitos humanos nas votações relativas à Emenda Constitucional 45/2004 | 76 |
| 3.3. O Supremo Tribunal Federal: a estrutura de permanência da República brasileira | 102 |
| 3.3.1. Histórico, estrutura e funcionamento | 103 |
| 3.3.2. Análise de decisões do STF | 107 |
| 4. O CASO ARGENTINO | 117 |
| 4.1. O contexto da ditadura e da transição política na Argentina: terrorismo de estado e transição por ruptura | 118 |
| 4.2. Debates da Reforma Constitucional de 1994 | 133 |
| 4.3. <i>A Corte Suprema de Justicia de La Nación</i> : renovação | 159 |
| 4.3.1. Histórico, estrutura e funcionamento | 160 |
| 4.3.2. Análise de decisões da CSJN..... | 168 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 173 |
| FONTES | 183 |

1. INTRODUÇÃO

A história da América Latina é marcada por períodos autoritários¹. Na segunda metade do Século XX no Brasil (1964-1985) e na Argentina (1976 -1983) o período autoritário foi caracterizado por Ditaduras Institucionais das Forças Armadas². Os dois países passaram por períodos de transição política que culminaram no encerramento da ordem antidemocrática. No entanto, as formas como as transições políticas para a democracia ocorreram no Brasil e na Argentina se diferem.

Se os dois casos se aproximam quanto à institucionalidade seguida pelas Ditaduras Institucionais das Forças Armadas, diferenciam-se na forma como os regimes ditatoriais chegaram ao fim e isso se reflete na forma como as transições políticas ocorreram em cada caso. Carlos Artur Gallo (2016), que em sua tese de doutorado realizou um estudo comparativo do Brasil e da Argentina quanto às leis de impunidade, afirma que a transição política da Argentina pode ser considerada uma experiência em contraposição ao que ocorreu no Brasil. Uma informação que ilustra bem essa diferença é a de que em 1985, dois anos depois do fim do regime militar, a Argentina iniciou o movimento de julgar e condenar criminalmente os dirigentes da Ditadura, por meio do que ficou conhecido como *Juicio a las Juntas*, enquanto que no Brasil a primeira condenação penal em primeira instância de um agente da repressão ocorreu apenas em 2021, trinta e seis anos depois da retomada democrática (VENDRUSCO, 2021).

¹ O termo período autoritário é genérico e pode fazer referência a mais de um tempo histórico em que o autoritarismo esteve presente no governo. Portanto, neste trabalho se adota o termo Ditadura Institucional das Forças Armadas para fazer referência aos períodos autoritários do Brasil (1964-1985) e da Argentina (1976-1983) mencionados, utilizando a classificação de Verónica Giordano e Waldo Ansaldi (ANSALDI, GIORDANO, 2012).

² Conforme a classificação de Verónica Giordano e Waldo Ansaldi, o período autoritário na América Latina da segunda metade do Século XX teve (i.) Ditaduras Institucionais das Forças Armadas (Bolívia, Argentina, Brasil, Uruguay e Chile); (ii) Ditaduras híbridas (Paraguai e Guatemala) e (iii.) democracias fictas (México Colômbia e Venezuela). Cabe explicar com mais detalhes o que o caracteriza as Ditaduras Institucionais das Forças Armadas. Foram ditaduras que se iniciaram na década de 1960 e se prolongaram até 1980. Os ditadores concebiam o exercício do poder com uma ideologia autoritário-burocrática. As ditaduras institucionais das forças armadas na América Latina tinham o apoio dos EUA e seguiam a Doutrina de Segurança nacional. Os militares buscavam combater um alegado inimigo interno, normalmente comunistas. Ansaldi e Giordano lecionam que “foi uma guerra contra compatriotas, levada ao limite da prática de crimes de lesa humanidade inclusive o genocídio” (2012, p. 410). Além disso as Ditaduras Institucionais das Forças Armadas se caracterizavam por terem estabelecido de forma efetiva normas para a sucessão no exercício do poder, assegurando a continuidade da ditadura no governo com um caráter institucional.

Brasil e Argentina adotaram caminhos inversos no processo de abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos³. No Brasil, promulgou-se nova Constituição em 1988, que trouxe em seu artigo 5º, §2º a previsão de abertura constitucional para o direito internacional dos direitos humanos e, dezesseis anos depois, passou por uma reforma e foi emendada com a inserção do §3º no artigo 5º, que regulou de forma distinta a abertura constitucional anteriormente posta. Já na Argentina a transição política não foi acompanhada de uma nova Constituição e apenas em 1994 a Constituição de 1853, com as reformas de 1860, 1866, 1898 e 1957, passou por uma reforma após a redemocratização que, então, completou o texto constitucional com a previsão de sua abertura ao direito internacional dos direitos humanos no inciso 22 do artigo 75. Somam-se a isso as interpretações sobre essas normativas que as Cortes Constitucionais realizaram em cada um desses países.

Se desconsideradas as conjunturas que desencadearam os processos transicionais em cada país, seria possível afirmar que, sob um ponto de vista estritamente normativo acerca dos caminhos percorridos para a adoção de medidas de abertura das Constituições às normativas do direito internacional dos direitos humanos, o Brasil tomou uma decisão política de adoção explícita de normas para essa abertura enquanto a Argentina, ao restabelecer a Constituição de 1853, não explicitou com a mesma intensidade tal decisão. Ou seja, no Brasil, como parte da transição para a democracia, houve a construção de um novo pacto constitucional em 1988 que contemplou, como uma de suas principais cláusulas de garantias fundamentais, a abertura constitucional aos direitos humanos ao passo que, na Argentina, ainda que já houvesse uma cláusula de abertura constitucional no texto original, a expressa decisão política de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos somente ocorreu mais tarde com a Reforma Constitucional de 1994.

³ Necessário definir a distinção conceitual entre os termos direitos humanos e direitos fundamentais, visto que comumente ocorre um uso dos termos quase como se sinônimos fossem. A distinção se dá em razão do plano em que cada um desses direitos foi positivado. Assim, direitos fundamentais são os direitos humanos positivados no direito interno de um Estado. Já a expressão direitos humanos, refere-se aos direitos humanos positivados na esfera do direito internacional. Os direitos fundamentais são direitos humanos, mas nem sempre os direitos humanos vão ser direitos fundamentais.

Diante dessa consideração é que a problematização que dá origem a esta dissertação pode ser sintetizada na seguinte pergunta: que fatores foram determinantes para que o direito internacional dos direitos humanos encontrasse melhores condições de aplicação na Argentina do que no Brasil no período de redemocratização?

A hipótese é a de que a forma como o direito internacional dos direitos humanos foi internalizado no Brasil e na Argentina está relacionada diretamente com as decisões políticas tomadas durante os processos de redemocratização, sendo possível identificar movimentos favoráveis ou contrários ao impulsionamento da aplicação e desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos (DIDH) em cada país. Portanto, esta pesquisa tem como objetivo geral investigar e identificar os fatores que foram determinantes para que o direito internacional dos direitos humanos encontrasse melhores condições de aplicação na Argentina do que no Brasil no período de redemocratização.

Os objetivos específicos são: identificar de que maneira as transições políticas dificultaram ou facilitaram a internalização do direito internacional dos direitos humanos no Brasil e na Argentina, investigar a forma como se deu a incorporação do direito internacional dos direitos humanos ao ordenamento jurídico do Brasil e da Argentina no processo de abertura constitucional ao DIDH, mediante a identificação do lugar político em que cada país decidiu colocar a temática dos direitos humanos no campo jurídico; e identificar o papel histórico do Supremo Tribunal Federal e da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* enquanto agentes na interpretação e aplicação das cláusulas de abertura constitucional em suas decisões.

Para desenvolver esta pesquisa optou-se pelo método de abordagem da sociologia-histórica, o qual é detalhadamente explicado e justificado no primeiro capítulo. Como método de procedimento relacionado ao tema da incorporação dos tratados internacionais dos direitos humanos à ordem constitucional no Brasil e na Argentina foi feita a escolha de abordar o tema em três pontos complementares. Primeiro, com a contextualização das ditaduras e da transição política em cada país, considerando que a hipótese da pesquisa relaciona as decisões políticas tomadas durante os processos de redemocratização com a forma como o direito internacional dos direitos humanos foi internalizado no Brasil e na Argentina.

O segundo ponto escolhido foi buscar nos debates legislativos que introduziram cláusulas sobre a internalização e a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no direito interno do Brasil e da Argentina qual o discurso político para justificar a internalização com hierarquia constitucional ou não destes tratados, para viabilizar uma análise da compreensão histórica sobre como o §2º e o §3º do artigo 5º foram introduzidos na Constituição Brasileira de 1988 e sobre como o inciso 22 do artigo 75 foi introduzido na Constituição da Argentina de 1853 com a reforma de 1994. Na redemocratização a promulgação de novas constituições ou a reforma dos textos constitucionais anteriores foram caminhos que integraram as transições e que buscavam consolidar as recém reinauguradas democracias repactuando a sociedade em torno de um novo projeto político. Nas democracias instauradas após períodos autoritários a proteção dos direitos humanos reconhecidos internamente e internacionalmente fez parte desse novo projeto político, em maior ou menor intensidade.

O terceiro ponto escolhido para abordar o tema foi a forma como ao Supremo Tribunal Federal, no Brasil, e a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN), na Argentina, aplicaram em suas decisões as cláusulas da constituição que integram ao direito interno o direito internacional dos direitos humanos. É relevante identificar como a integração dos tratados internacionais dos direitos humanos à ordem jurídica interna foi e é interpretada e aplicada pelas Cortes Constitucionais porque são elas que atuam como guardiãs das respectivas Constituições e que as aplicam cotidianamente como parte de suas atribuições.

Estes três pontos do método de procedimento do tema são complementares porque o primeiro permite acessar a conjuntura histórica que antecedeu a promulgação da Constituição Cidadã em 1988 no Brasil e a *Reforma Constitucional Constituyente* de 1994 na Argentina, cujos documentos legislativos constituem o segundo ponto escolhido, e, por fim, a atuação do STF e da CSJN como Cortes Constitucionais complementa a verificação na prática sobre como o §2º e o §3º do artigo 5º da Constituição do Brasil de 1988 e sobre como o inciso 22 do artigo 75 da Constituição da Argentina de 1853 com a reforma de 1994 são aplicados nas decisões judiciais do STF e da CSJN, respectivamente. Isso possibilita uma visão mais ampla sobre qual é o atual estado de internalização e aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil e na Argentina.

Considerando o método de procedimento, as fontes utilizadas para realizar esta pesquisa foram fontes bibliográficas, fontes documentais do judiciário – as decisões do STF e da CSJN analisadas – e documentos legislativos – os debates legislativos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e da PEC 96/1992 que resultou na promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 no Brasil e da *Convención Nacional Constituyente* de 1994 da Argentina.

A estrutura dos capítulos considera esta escolha de procedimento de abordagem do tema. A dissertação inicia com esta introdução, tem o primeiro capítulo dedicado à apresentação da aplicação da metodologia da sociologia histórica ao problema de pesquisa, e tem uma segunda parte do capítulo dedicada a considerações teóricas sobre a abertura constitucional e a relação entre democracia e direitos humanos. Na sequência, a dissertação está estruturada em dois grandes capítulos, um para o caso do Brasil e outro para o caso da Argentina. A estrutura interna destes capítulos é igual e segue os três pontos da estratégia de abordagem do tema. Assim, cada capítulo é subdividido em três partes: a primeira parte histórica, a segunda parte da análise dos debates legislativos constituintes (originários e/ou reformadores), e uma terceira parte sobre a Corte Constitucional e a análise de decisões selecionadas para cada um dos períodos. Os itens abordados em cada subcapítulo estão detalhados no início de cada capítulo. Por fim, o fechamento da dissertação com a realização da comparação e a verificação da confirmação da hipótese constam nas Considerações Finais.

Pesquisar a relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno é essencial para compreender o real impacto da normativa internacional no ordenamento jurídico de um país. Em termos práticos, a ratificação de um tratado internacional de direitos humanos terá significados e efeitos diferentes em um país que possui abertura constitucional para a recepção do DIDH com hierarquia constitucional e um país que integra o DIDH com status infraconstitucional. No primeiro caso, os tratados internacionais de direitos humanos de que o país é signatário poderão ser paradigma de controle de constitucionalidade, reforçando ou ampliando os direitos humanos já previstos na Constituição, enquanto, no segundo caso, isso não será possível.

É relevante entender qual a força normativa interna do DIDH para que se compreenda a vinculação à normativa internacional, muito além da adesão formal

aos tratados e dos efeitos que isso gera na esfera internacional, voltando o olhar para o que ocorre internamente. Nesse sentido se torna necessário ampliar a lente e compreender os fatores que levaram à escolha política de atribuir aos DIDH maior ou menor grau de proteção jurídica no âmbito da legislação interna.

Se, hoje, a internalização do DIDH ocorre de determinada maneira é porque em algum momento aquela foi a proposta vencedora no campo político. A presente pesquisa tem entre seus objetivos estudar a internalização do DIDH sob essa perspectiva relacionando a abertura constitucional com a transição política para a democracia, identificando movimentos favoráveis ou contrários a este processo no Brasil e na Argentina. A pesquisa desta temática, portanto, poderá contribuir tanto para o campo de pesquisa da relação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, como para o campo de pesquisa das transições políticas para a democracia considerando a importância do processo de incorporação do direito internacional dos direitos humanos para a retomada dos processos democráticos na América Latina.

2. METODOLOGIA E CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS

O segundo capítulo é dedicado a apresentação sobre a metodologia da sociologia histórica e sua aplicação ao problema de pesquisa e, em um segundo momento, é dedicado à apresentação de considerações teóricas a respeito da relação entre democracia e direitos humanos e sobre a abertura constitucional, considerações teóricas que permeiam a pesquisa do início ao fim.

2.1. A aplicação da metodologia da sociologia histórica ao problema de pesquisa

A sociologia histórica, como método, é pouco usual em pesquisas no campo jurídico. Portanto, torna-se necessário apresentar, ainda que de forma breve, a origem, estratégias de aplicação e conceitos do método, para então explanar por que razões este foi o método escolhido para abordar o problema de pesquisa proposto.

O surgimento da sociologia histórica se deu pela articulação das disciplinas sociologia e história, considerando a compatibilidade e a integração de conceitos, as intersecções entre as fronteiras de cada disciplina isolada, e a inovação científica que se dava, primeiro mediante a especificação e fragmentação das disciplinas, e, depois pela hibridação das disciplinas fragmentadas, que, entre outros, preenchia o vazio causado pela especialização (ANSALDI; GIORDANO, 2012; DOGAN; PAHRE, 1993). A hibridação de disciplinas está na origem e também nas vantagens da utilização da sociologia histórica como método, conforme se verá adiante.

A institucionalização da sociologia histórica como disciplina ocorreu na década de 1970 nos Estados Unidos (ADAMS, CLEMENS, ORLOFF, 2005). No entanto a sociologia histórica já existia de forma não institucionalizada muito antes. A institucionalização ocorreu justamente como uma recuperação do pensamento dos chamados pais fundadores da sociologia, como Marx e Weber, buscando inserir a temporalidade em um momento que predominava o pensamento a-histórico (ANSALDI, GIORDANO, 2012, p. 39). Foram eles que primeiro colocaram em questão os grandes temas da sociologia histórica buscando responder questões acerca das origens sociais, da transição para o industrialismo e das revoluções democráticas (SKOCPOL, 1984).

Julia Adams, Elisabeth Clemens e Ann Orloff (2005) dividem os momentos da sociologia histórica em três ondas que se sucedem no tempo. A primeira onda refere-se justamente ao período dos pais fundadores – mencionando Karl Marx, Max Weber, Emile Durkheim, e Alexis de Tocqueville – período em que as pesquisas da sociologia histórica eram dedicadas a compreender a transição da sociedade tradicional para a sociedade moderna, considerando o elemento histórico.

A segunda onda da sociologia histórica é o período em que a sociologia histórica passou a ser institucionalizada por pesquisadores nos EUA como uma forma de reação à sociologia a-histórica que predominava no momento. Os teóricos da segunda onda resgataram a historicidade e as pesquisas dos pais fundadores da primeira onda da sociologia histórica. Na segunda onda está presente um ecletismo de tradições teóricas, há convergência sobre o processo histórico, no entanto não há consenso sobre os fundamentos teóricos (ADAMS, CLEMENS, ORLOFF, 2005, p.3). A segunda onda da sociologia histórica foi um grupo teórico que em comum tinham o envolvimento com questões marxistas, o que não significa dizer que todos eram marxistas, no entanto os teóricos que não eram marxistas se envolviam com o tema porque debatiam em um meio de maioria marxista (ADAMS, CLEMENS, ORLOFF, 2005, p. 6). Como nomes expoentes da segunda onda as autoras destacam Barrington Moore Jr., Reinhard Bendix, Seymour Martin Lipset, e Charles Tilly.

A terceira onda da sociologia histórica é a que está em desenvolvimento hoje e é mais abrangente que a segunda onda, que tinha um paradigma macrossociológico (ANSALDI, GIORDANO, 2012, p. 39). Segundo Adams, Clemens e Orloff, os sociólogos históricos de hoje para além dos métodos comparativos da segunda onda, inserem os seus objetos de pesquisa como:

[...] totalmente incorporados no tempo histórico mundial e exploram locais e conjunturas em que outros legados além do capitalismo ou da democracia ocidentais (...) resistem ou transformam as tendências supostamente homogeneizadoras da globalização⁴ (2005, p. 66).

Foram identificadas cinco linhas de atuação teórica na terceira onda: (i.) institucionalismo; (ii.) escolha racional; (iii.) virada cultural; (iv.) desafios feministas e (v.) sistemas mundiais de pós-colonialidade. Os sociólogos históricos

⁴ Tradução livre. No original: as fully embedded in world historical time and explore sites and conjunctures in which legacies other than Western capitalism or democracy (...) resist or transform the allegedly homogenizing tendencies of globalization

institucionalistas se debruçaram sobre debates acerca das origens e do desenvolvimento do estado de bem estar social, hoje os pesquisadores dessa linha “exploram a causa conjuntural e múltipla de uma série de políticas e resultados políticos, mesmo quando o interesse mudou das origens e do crescimento dos estados de bem-estar para seu caráter contemporâneo e futuro incerto”⁵ (ADAMS, CLEMENS, ORLOFF, 2005, p. 34).

A teoria da escolha racional parte de “suposições utilitárias rigorosamente elaboradas sobre as propriedades da ação individual e de grupo”⁶ (ADAMS, CLEMENS, ORLOFF, 2005, p. 37). Os teóricos da escolha racional usam como fontes clássicas a leitura de Thomas Hobbes e Adam Smith. Trata-se de teoria vinculada à ciência política e se concentra sobre a tomada de decisões dos indivíduos.

A virada cultural é considerada, à primeira vista, como a teoria da terceira onda inimiga da teoria da escolha racional (ADAMS, CLEMENS, ORLOFF, 2005, p. 39). A virada cultural adota o discurso plural, consideram que os elementos culturais são parte constitutiva da vida social. A pluralidade da teoria da virada cultural não está somente no discurso, mas também no campo intelectual que a teoria abrange, incluindo “raízes ramificadas na linguística estrutural, filosofia física, antropologia, história, teoria literária, estudos culturais, pragmatismo e teoria feminista e pós-colonial — e, claro, a própria sociologia” (ADAMS, CLEMENS, ORLOFF, 2005, p. 39).⁷

Na terceira onda as teóricas feministas da sociologia histórica lograram ser ouvidas ao contestar a exclusão da questão do gênero como uma dimensão nas análises sociais, elas “contestaram as exclusões e repressões que caracterizaram a análise social e revelaram as promessas e limites tanto das categorias modernas universalistas quanto das próprias estruturas sociais modernas”⁸. (ADAMS, CLEMENS, ORLOFF, 2005, p. 45). Com essa inclusão, as premissas da segunda

⁵ Tradução livre. No original: explore the conjunctural and multiple causation of a range of policy and political outcomes, even as interest has shifted from the origins and growth of welfare states to their contemporary character and uncertain future

⁶ Tradução livre. No original: rigorously worked out utilitarian assumptions about the properties of individual and group action.

⁷ Tradução livre. No original: with ramifying roots in structural linguistics, philosophy, anthropology, history, literary theory, cultural studies, pragmatism, and feminist and post-colonial theory—and of course sociology itself

⁸ Tradução livre. No original: have contested the exclusions and repressions that have characterized social analysis and have revealed the promises and limits of both universalist modern categories and modern social structures themselves.

onda acerca de quem eram os sujeitos políticos foram derrubadas e abriram espaço para novas questões na análise política, considerando também a presença das mulheres nos espaços políticos dos quais antes não participavam (ADAMS, CLEMENS, ORLOFF, 2005, p. 46).

A teoria dos sistemas mundiais e pós-colonialidade da terceira onda estuda a inclusão de outras experiências além da Europa, como a América Latina, por exemplo. Tanto na primeira como na segunda onda da sociologia histórica as teorias de origem europeias foram enfatizadas e presumidamente entendidas como teorias aplicáveis a outros lugares do mundo (ADAMS, CLEMENS, OFLOFF, 2005, p. 56).

Além da parte histórica resumida nas três ondas da sociologia histórica, é importante compreender as três estratégias de pesquisa no campo da sociologia histórica identificadas por Theda Skocpol: (i.) a primeira estratégia utiliza a comparação para validação de uma teoria geral aplicando a teoria a casos históricos; (ii.) a segunda estratégia, chamada de interpretativa, utiliza, em um primeiro momento, conceitos sociológicos para descrever uma interpretação histórica significativa, e em um segundo momento, realiza uma comparação; (iii.) e a terceira estratégia, chamada de analítica, que analisa as regularidades causais na história (SKOCPOL, 1984, p. 356-391).

A estratégia que utiliza a comparação para validação de uma teoria geral aplicando a teoria a casos históricos tem a sua origem nas décadas de 1950 e 1960 em que os sociólogos da época afirmava ser uma disciplina capaz de “formular uma teoria geral da sociedade universalmente aplicável”⁹ (SKOCPOL, 1984, p. 362) e assumiam a história apenas como pesquisa com a função de reunir os fatos de um tempo e de um lugar no passado. Nesse contexto a utilização de um modelo geral em momentos históricos “era o tipo de sociologia histórica com maior probabilidade de ser reconhecido como empiricamente rigoroso e teoricamente relevante nos círculos disciplinares dominantes”¹⁰ (SKOCPOL, 1984, p. 362). A crítica a esta estratégia está no risco de o pesquisador selecionar os casos históricos de forma arbitrária não selecionando fatos que poderiam ir contra a teoria geral que pretende aplicar (SKOCPOL, 1984, p. 367).

⁹ Tradução livre. No original: capable of formulating a universally applicable general theory of society

¹⁰ Tradução livre. No original: was the kind of historical sociology most likely to be recognized as empirically rigorous and theoretically relevant in mainstream disciplinary circles”

A segunda estratégia, que “utiliza conceitos para desenvolver interpretações significativas de padrões históricos amplos”¹¹ (SKOCPOL, 1984, p. 368), pode ser considerada como uma resposta crítica da própria sociologia histórica à primeira estratégia, uma vez que aquela aplicava modelos teóricos supostamente gerais à história. Os sociólogos da segunda estratégia buscam interpretações significativas da história em dois sentidos:

Em primeiro lugar, é dada atenção cuidadosa às intenções culturalmente enraizadas de atores individuais ou de grupos em determinados cenários históricos sob investigação. Em segundo lugar, tanto o tema escolhido para o estudo histórico quanto os tipos de argumentos desenvolvidos sobre ele devem ser culturalmente ou politicamente “significativos” no presente; ou seja, significativo para as audiências, sempre maiores que as audiências acadêmicas especializadas, abordadas pelas obras publicadas de sociólogos históricos interpretativos¹² (SKOCPOL, 1984, p. 368).

A crítica acerca da utilização da estratégia interpretativa é que ela pode se tornar determinista. A utilização da segunda estratégia combinada com a primeira pode colaborar para que este determinismo não ocorra. Conforme será explanado no ponto 2.3, esta é a estratégia da sociologia histórica adotada nesta pesquisa juntamente com a terceira estratégia, inserida na terceira onda da sociologia histórica.

A estratégia analítica, a terceira identificada por Skocpol, ao analisar as regularidades causais na história, busca “desenvolver uma explicação adequada para um resultado ou padrão bem definido na história”¹³ (SKOCPOL, 1984, p. 374). Buscam ao olhar para o passado e o presente hipóteses alternativas que podem ajudar a encontrar essas regularidades na história. Na estratégia analítica o estudo das regularidades causais se dá “a partir da análise das oportunidades disponíveis em um contexto dado, pra o qual a chave é a consideração das formas de ação coletiva e individual”¹⁴ (ANSALDI, GIORDANO, 2012, p. 44).

¹¹ Tradução livre. No original: Uses concepts to develop meaningful interpretations of broad historical patterns.

¹² Tradução livre. No original: First, careful attention is paid to the culturally embedded intentions of individual or groups actors in the given historical settings under investigation. Second, both the topic chosen for historical study and the kinds of arguments developed about it should be culturally or politically “significant” in the present; that is, significant to the audiences, always larger than specialized academic audiences, addressed by the published works of interpretative historical sociologists.

¹³ Tradução livre. No original: developing an adequate explanation for a well-defined outcome or pattern in history.

¹⁴ Tradução livre. No original: a partir del análisis de la serie de oportunidades disponibles en un contexto dado, para lo cual es clave la consideración de las formas de acción colectiva e individual.

O surgimento e o desenvolvimento da sociologia histórica narrado nas três ondas, e a aplicação do método exemplificada nas três estratégias de aplicação mais recorrentes, permitem identificar que por maiores que sejam as diferenças entre as ondas e estratégias há uma definição e um conceito da sociologia histórica como disciplina que perpassa todos os momentos.

A hibridação de disciplinas é uma característica essencial. Braudel afirma que a história e a sociologia são as únicas ciências capazes de estender seu conhecimento para qualquer aspecto do social:

A história, na medida em que integra todas as ciências do homem, da duração sob todas as suas formas, lhe abre, como penso as portas do atual, então encontra-se, geralmente, ao lado da sociologia (que é também síntese por vocação) à qual a dialética da duração obriga a voltar-se para o passado, quer o queira, quer não (BRAUDEL, 1990, p. 76).

A preocupação em estudar e compreender a modernidade também perpassa a sociologia histórica em todas as ‘fases’ porque foram os sociólogos históricos que “ofereceram análises e narrativas de como pessoas e sociedades se tornaram modernas ou não”, bem como esses “múltiplos processos continuam a remodelar o mundo contemporâneo.” (ADAMS, CLEMENS, ORLOFF, 2005, p. 2).

Waldo Ansaldi e Verónica Giordano afirmam que “qualquer que seja a visão que se assume, o certo é que a sociologia sai ao encontro da história”¹⁵ (ANSALDI; GIORDANO, 2012, p. 42). Philip Abrams propõe o desafio de tentar responder questões sérias sobre o mundo contemporâneo e ver se é possível traçar respostas sem utilizar questões históricas¹⁶. Ele mesmo responde que as respostas sempre virão acompanhadas de uma explicação histórica, porque fundamentar na história se tornou algo quase natural na sociedade ocidental moderna (ABRAMS, 1982). Utilizar a história para buscar melhores explicações permite uma compreensão mais profunda e realista ao passo que se aproxima da sociologia. Assim, defende o autor que “a explicação sociológica é necessariamente histórica”¹⁷ não sendo a sociologia histórica um tipo especial de sociologia, mas “a essência da disciplina”¹⁸ (ABRAMS, 1982, p. 2).

¹⁵ Tradução livre. No original: Cualquiera sea la visión que se asuma, lo cierto es que la sociología sale al encuentro de la historia.

¹⁶ Citação original: “Try asking serious questions about the contemporary world and see if you can do without historical answers.”

¹⁷ Tradução livre. No original: “Sociological explanation is necessarily historical. Historical”

¹⁸ Tradução livre. No original: “it is the essence of the discipline”

É com base nesse entendimento que Abrams conceitua a sociologia histórica como um método que analisa um longo período de tempo e a relação entre ação e estrutura neste período, considerando a forma como a ação transforma a estrutura social e a forma como a estrutura social condiciona a ação considerando que as escolhas são vinculadas às possibilidades dadas pela história (ABRAMS, 1982). Nesse contexto, considerar a história verdadeiramente é considerar “o que as pessoas fazem no presente como uma luta para criar um futuro a partir do passado” é ver o passado como “a única matéria-prima a partir da qual o presente pode ser construído” (ABRAMS, 1982, p. 8)¹⁹.

Ou seja, o método da sociologia histórica faz, necessariamente, a análise da relação entre a ação do agente e a estrutura em um longo período de tempo histórico em que ocorreram transformações. A forma de pensar a sociologia histórica de Abrams considera que a transformação se dá porque existe uma ação, e esta ação, por sua vez, molda a estrutura social, no entanto essa estrutura social que é moldada pela ação do agente também é preexistente ao agente e influencia a forma que a ação ocorre. Portanto, aplicar o método da sociologia histórica não é apenas incluir o contexto histórico como pano de fundo do objeto que se deseja pesquisar, vai muito além disso, conforme leciona Abrams:

A sociologia histórica não é, então, uma questão de impor grandes esquemas de desenvolvimento evolutivo na relação do passado com o presente. Tampouco se trata apenas de reconhecer o pano de fundo histórico até o presente. É a tentativa de compreender a relação entre atividade e experiência pessoal, por um lado, e organização social, por outro, como algo que se constrói continuamente no tempo. Faz do processo contínuo de construção a preocupação central da análise social. Esse processo pode ser estudado em diversos contextos: em biografias pessoais e carreiras; na ascensão e queda de civilizações inteiras; no cenário de eventos particulares, como uma revolução ou uma eleição, ou de desenvolvimentos particulares, como a criação do estado de bem-estar social ou a formação da classe trabalhadora (ABRAMS, 1982, p. 16-17)²⁰.

¹⁹ Tradução livre. No original: “Doing justice to the reality of history is not a matter of noting the way in which the past provides a background to the present; it is a matter of treating what people do in the present as a struggle to create a future out of the past, of seeing that the past is not just the womb of the present but the only raw material out of which the present can be constructed.”

²⁰ Tradução livre. No original: “Historical sociology is not, then, a matter of imposing grand schemes of evolutionary development on the relationship of the past to the present. Nor is it merely a matter of recognising the historical background to the present. It is the attempt to understand the relationship of personal activity and experience on the one hand and social organisation on the other as something that is continuously constructed in time. It makes the continuous process of construction the focal concern of social analysis. That process may be studied in many different contexts: in personal biographies and careers; in the rise and fall of whole civilisations; in the setting of particular events

Veja-se que os conceitos apontam que o método da sociologia histórica pode ser aplicado para vários contextos. A perspectiva da sociologia histórica para pesquisas no campo jurídico apresenta vantagens em relação a outros métodos ao possibilitar a hibridação de disciplinas e fornecer um conceito de longa duração, por exemplo. Roberta Baggio e Paulo Berni apresentam como benefícios do método da sociologia histórica para o estudo do constitucionalismo latino-americano esta possibilidade de permitir grandes comparações em períodos de tempo largos que substitui as dicotomias entre passado e presente e universal e particular por uma compreensão da formação das instituições, e a relação desta com a ação humana no tempo “como um contínuo processo em constante formação que desvela e identifica persistências, regularidades, bloqueios e potencialidades, tanto das instituições como das práticas sociais” (BAGGIO; BERNI, 2020, p.4)²¹.

A escolha pelo método da sociologia histórica se justifica, fundamentalmente, em três fatores – (i.) a possibilidade de executar a pesquisa considerando hibridação de disciplinas (DOGAN; PAHRE, 1993); (ii.) o conceito de longa duração (BRAUDEL, 1990); e (iii.) a utilização da comparação individualizadora (TILLY, 1991); – conforme se passa a expor.

2.2.1. Hibridação de disciplinas e uma “sociologia histórica do jurídico”:

Dogan e Pahre (1993) dão o nome de hibridação de disciplinas para o fenômeno da fragmentação das ciências sociais – que ocorre mediante uma especialização cada vez maior de disciplinas e subdisciplinas – e a posterior intersecção entre essas disciplinas especializadas, que tiveram a mesma origem. É nessa intersecção entre as disciplinas fragmentadas que a hibridação acontece mediante a “recombinação dos fragmentos dentro de setores híbridos” (DOGAN; PAHRE, 1993, p. 12).

O termo hibridação de disciplinas foi inspirado na botânica, em que duas espécies diferentes podem formar uma nova espécie. No campo das disciplinas, a

such as a revolution or an election, or of particular developments such as the making of the welfare state or the formation of the working class.”

²¹ Tradução livre. No original: “como un continuo proceso en constante formación que desvela e identifica persistencias, regularidades, bloqueos y potencialidades, tanto de las instituciones como de las prácticas sociales”

hibridação ocorre mediante a combinação de ramos diferentes do conhecimento que tem como resultado uma nova disciplina que traz melhoras para a “espécie”:

Assim como na botânica, esses híbridos são combinações de dois ramos diferentes do conhecimento, com um resultado que aprimora a espécie. Este é o processo básico da investigação científica nas ciências sociais hoje, como um todo. Este processo vai acompanhado de duas tendências inseparáveis: o desenvolvimento da especialização, pela qual os estudiosos entendem de um determinado tema com mais profundidade, e a hibridação de, pela qual os estudiosos combinam duas ou mais especialidades de modo que seja possível o domínio de cada uma delas. (DOGAN; PAHRE, 1989, p. 498)²²

A hibridação de disciplinas somente pode ocorrer após a especialização de disciplinas, a especialização é a primeira etapa de um processo de inovação que tem como segunda etapa a hibridação de disciplinas. Nesse processo de especialização de disciplinas surgem vazios entre as subdisciplinas formadas, e a hibridação pode criar pontes e preencher estes vazios (DOGAN; PAHRE, 1993, p. 79). Na hibridação de disciplinas as disciplinas que se mesclam trocam conceitos, teorias e métodos (DOGAN; PAHRE, 1993 p. 82).

A hibridação de disciplinas, portanto, é “um fenômeno que tem lugar em todas as disciplinas”²³ (DOGAN; PAHRE, 1993 p. 86). Assim, nesta pesquisa, o método da sociologia histórica foi adotado, entre outros fatores, justamente pela possibilidade de hibridação de disciplinas. Para além da hibridação entre sociologia e história, será considerado também o direito, em uma “sociologia histórica do jurídico”, aplicando-se o método da sociologia histórica a uma pesquisa do campo das ciências jurídicas. Para tanto, assim como Verónica Giordano, se irá considerar o jurídico como um fenômeno também social, buscando “captar a historicidade das relações entre o fenômeno jurídico e a ordem política e social tanto como duas formas de constituição recíprocas” (GIORDANO, 2012, p.15)²⁴.

²² Tradução livre. No original: Como ocurre en botánica, estos híbridos son combinaciones de dos ramas diferentes del conocimiento, con un resultado que mejora la especie. Este es el proceso básico de la investigación científica en las ciencias sociales hoy, consideradas en conjunto. Este proceso va acompañado de dos tendencias inseparables: el desarrollo de la especialización, por el cual los estudiosos entienden un determinado tema con más profundidad, y la hibridación, por la cual los estudiosos combinan dos o más especialidades de modo que sea posible el dominio de cada una de ellas.

²³ Tradução livre. No original: “La hibridación es un fenómeno que tiene lugar en todas las disciplinas”

²⁴ Verónica Giordano cunhou a expressão sociologia histórica do jurídico, inspirada em Déloye que desenvolveu o termo sociologia histórica do político (1999).

No campo do direito internacional dos direitos humanos é relevante buscar compreender por que em determinado momento da história os atores sociais optaram por incluí-los (ou não) no rol de direitos fundamentais constitucionais mediante a abertura constitucional. Se irá analisar quais as opções jurídicas disponíveis, por que determinada opção foi escolhida, e como o contexto social da época pode contribuir para compreender a escolha institucional que foi realizada. Por exemplo, no caso brasileiro, a visão do método da sociologia histórica vai proporcionar compreender de uma maneira mais completa os motivos pelos quais os constituintes de 1987, no contexto de redemocratização, incluíram o §2º do artigo 5º na Constituição, abrindo a Carta Constitucional ao direito internacional dos direitos humanos por meio de uma cláusula de direitos inominados e não por meio de um rol exemplificativo de tratados como ocorreu na reforma da Constituição da Argentina em 1994. E mais do que isso, o que estas escolhas significaram em termos práticos, considerando a forma que se deu a utilização dessa normativa para a aplicação ou não do direito internacional dos direitos humanos pelas Cortes Constitucionais de cada um dos países pesquisados.

2.2.2. A longa duração de Braudel: estrutura

A longa duração é um conceito desenvolvido por Braudel – *longue durée* no idioma original – e que se aplica na pesquisa pela resposta ao problema de pesquisa proposto. Braudel quando trata das noções de tempo para a história considera três níveis históricos: a curta, a média e a longa duração. A curta duração como o tempo dos acontecimentos, fica na superfície e é a micro-história. A média duração traz o tempo da conjuntura, dos fenômenos intermediários entre o acontecimento da curta duração e a estrutura da longa duração. A longa duração é o tempo da estrutura, apresenta a história estrutural (BRAUDEL, 1990, p. 80). É no plano da longa duração que a sociologia e a história se confundem:

No plano da história da longa duração, história e sociologia não se tocam (seria dizer pouco): confundem-se. A longa duração é a história interminável, indigestível, das estruturas e dos grupos de estruturas. Para o historiador, uma estrutura não é, apenas, arquitetura, embudora, é permanência, frequentemente mais que secular (o tempo é estrutura). Esse grande personagem atravessa imensos espaços de tempo sem se alterar; se se deteriora em tão grande viagem, recompõem-se durante o caminho, a

sua saúde restabelece-se e, decisivamente, os seus traços só mudam muito lentamente (BRAUDEL, 1990, p. 82).

Assim, no conceito de Braudel a longa duração não se refere necessariamente a um longo período de tempo ou a um processo lento, e sim refere-se à história da estrutura como uma realidade estável que o tempo demora para transformar e, portanto, determina o decorrer da história (BRAUDEL, 1990, p. 14). Dessa forma é a estrutura que “domina os problemas da longa duração”:

Boa ou má, é ela que domina os problemas da longa duração. Os observadores do social entendem por estrutura uma organização, uma coerência, relações suficientemente fixas entre realidades e massas sociais. Para nós, historiadores, uma estrutura é, indubitavelmente, um argumento, uma arquitetura, mais ainda, uma realidade que o tempo demora imenso a desgastar, e a transportar. Certas estruturas são dotadas de uma vida tão longa que se convertem em elementos estáveis de uma infinidade de gerações: obstruem a história, entorpecem-na e, portanto, determinam o seu decorrer. Outras, pelo contrário, desintegram-se mais rapidamente. Mas todas elas constituem, ao mesmo tempo, apoios e obstáculos, apresentam-se como limites (envolventes, no sentido matemático) dos quais o homem e as suas experiências não se podem emancipar. Pense-se na dificuldade em romper certos marcos geográficos, certas realidades biológicas, certos limites da produtividade e até reações espirituais: também os enquadramentos mentais representam prisões de longa duração. (BRAUDEL, 1990, p. 14).

Waldo Ansaldi e Verónica Giordano consideram a longa duração de Braudel como a presença do passado no presente, uma conexão entre o passado e o presente, um processo que “alude a continuidades, permanências, persistências, recorrências, a realidades que, enquanto elementos ou fatores essenciais, operam de forma relevante, decisiva, sem rupturas radicais, ao longo dos processos históricos, dos quais constituem fios condutores” (2012, p. 683)²⁵.

Nesta pesquisa o tempo histórico, em termos de anos²⁶, talvez são se enquadra no que se poderia chamar de longa duração no conceito literal da palavra. No entanto, enquadra-se no conceito de longa duração como uma das ferramentas de pesquisa da sociologia histórica e tal qual proposta por Braudel. A longa duração

²⁵ Tradução livre. No original: Alude a continuidades, permanencias, persistencias, recurrencias, a realidades que, en tanto elementos o factores esenciales, operan de modo relevante, decisivamente, sin rupturas radicales, a lo largo de procesos históricos, de los cuales constituyen hilos conductores.

²⁶ Para o caso brasileiro será estudado o período autoritário entre 1964 e 1985, o período da transição e as decisões do STF a partir de 1988 até o ano de 2021. Para o caso da Argentina será igualmente estudado o período autoritário, que foi entre 1976 e 1983, o período de transição, e decisões da *Suprema Corte de Justicia de La Nación* a partir de 1983 até 2021.

que consideramos aqui é tempo histórico que antecede a pesquisa e que indica a presença do autoritarismo como uma persistência que incide na construção da ordem democrática. Esse processo se dá em um nível estrutural, no qual o passado deixa marcas no presente. A longa duração, portanto, não é a característica determinante para a definição do objeto da pesquisa, mas é o plano de fundo que perpassa o objeto, visto que o que se terá é a perspectiva da abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos como estratégia para a incorporação destes considerando as soluções jurídicas disponíveis em cada momento e a relação disto com o processo de longa duração da construção de uma ordem democrática.

2.2.3. Comparação individualizadora:

Charles Tilly (1991) no seu livro “*Grandes estructuras, procesos amplios, comparaciones enormes*” distingue diferentes modos de comparar grandes estruturas e processos amplos: (i.) a comparação individualizadora, (ii.) a comparação universalizadoras, (iii.) a comparação globalizadora e a (iv.) comparação identificadora da diferença. Verónica Giordano também defende a utilização da comparação na sociologia histórica, considerando a comparação como um “recurso valioso” que permite desenvolver uma sociologia histórica que tem compromisso com “as particularidades teóricas e metodológicas de cada uma das disciplinas, pois comparar leva sempre consigo um duplo trabalho de conhecimento minucioso do fato histórico concreto e de conceitualização a partir do material histórico” (GIORDANO, 2011, p.44-45)²⁷.

Ao tratar da comparação de grandes estruturas, processos amplos e comparações enormes, Tilly leciona que os trabalhos históricos não precisam necessariamente ter como objeto um passado distante, e que uma pesquisa histórica “deve implicar um trabalho na menor escala possível e pode muito bem se referir ao nosso tempo” (1991, p. 30)²⁸. O autor defende a construção de análises

²⁷ Tradução livre. No original: las particularidades teóricas y metodológicas de cada una de las disciplinas, pues comparar lleva siempre consigo un doble trabajo de conocimiento minucioso del hecho histórico concreto y de conceptualización a partir del material histórico.

²⁸ Tradução livre. No original: “debe implicar un trabajo a la menos escala posible y puede muy bien referirse a nuestro tiempo”

históricas concretas das grandes estruturas e dos processos amplos que caracterizam a época que vivemos.

A concretude da análise se daria pela referência a tempos, lugares e pessoas reais. A historicidade da análise se daria para limitar o alcance de um tempo determinado pela ocorrência de processos definidos em que se reconhece a importância do tempo em que ocorrem porque para Tilly “quando as coisas acontecem dentro de uma sequência afeta como elas acontecem, que toda estrutura ou processo constitui uma série de possibilidades de escolha” (1991, p. 29)²⁹. Isso significa que os resultados que se tem em um determinado tempo histórico, limitam outros resultados que poderiam ter sido obtidos em tempos históricos diferentes.

Os quatro modos de realizar a comparação de grandes estruturas e processos amplos definidos por Tilly são resultado do entrecruzamento de duas dimensões próprias das comparações: a multiplicidade de formas e a contribuição de todos os casos. O que Tilly chama de multiplicidade é “o princípio que resulta de uma comparação poder ser simples (todos os casos possíveis de um fenômeno têm propriedades comuns) ou múltipla (o fenômeno se manifesta em múltiplas formas)”³⁰ (1991, p. 104). A contribuição de todos os casos, por sua vez, é um princípio que resulta do fato de uma comparação poder variar sendo de um único caso a todos os casos possíveis de um fenômeno (TILLY, 1991, p. 104).

A comparação individualizadora, estratégia adotada na presente pesquisa, conforme será justificado na sequência, é aquela na qual são contrastados casos específicos de um fenômeno como forma de captar as peculiaridades de cada um, dessa forma, “uma comparação puramente individualizadora define cada caso como único, tratando cada caso separadamente e minimizando suas propriedades comuns com o restante dos casos”³¹ (TILLY, 1991, p. 105).

A comparação universalizadora, ao contrário da individualizadora “identifica as propriedades comuns a todos os casos de um fenômeno”³² (TILLY, 1991, p. 105).

²⁹ Tradução livre. No original: cuándo pasan las cosas dentro de una secuencia afecta em cómo ocurren, que toda estructura o proceso constituye una serie de posibilidades de elección.

³⁰ Tradução livre. No original: el principio que resulta de una comparación puede ser simple (todos los casos posibles de un fenómeno tienen propiedades comunes) o múltiple (un fenómeno se manifiesta en múltiples formas).

³¹ Tradução livre. No original: una comparación puramente individualizadora define cada caso como único, manejando cada caso por separado y minimizando sus propiedades comunes con el resto de los casos

³² Tradução livre. No original: identifica las propiedades comunes a todos los casos que presenta un fenómeno.

Por meio da comparação universalizadora se pretende explicar como que cada um dos casos possíveis de um fenômeno segue a mesma regra. A comparação individualizadora e a comparação universalizadora estão do mesmo lado quanto à multiplicidade de formas, por serem de multiplicidade simples, e se diferenciam no quesito contribuição, já que na individualizadora é a contribuição de um caso e na universalizadora a contribuição de todos os casos possíveis.

A comparação identificadora da diferença e a comparação globalizadora estão no extremo contrário das comparações individualizadora e universalizadora, porque aquelas, na multiplicidade de formas, são múltiplas. Na comparação identificadora da diferença se tenta estabelecer um fenômeno “mediante o exame das diferenças sistemáticas entre os diferentes casos”³³ (TILLY, 1991, p. 106). Por fim, a comparação globalizadora considera múltiplos casos em pontos distintos do mesmo sistema e pretende “explicar suas características em função de suas relações variáveis com o sistema como um todo”³⁴ (TILLY, 1991, p. 106).

Considerando o problema desta pesquisa – em que se quer compreender por que a aplicação do direito internacional dos direitos humanos na Argentina encontrou condições jurídico-institucionais de desenvolvimento que não se verificaram no Brasil, mesmo diante da construção de um novo pacto constitucional que contemplou como uma de suas principais cláusulas de garantias fundamentais a abertura constitucional aos direitos humanos – a utilização da comparação individualizadora de Charles Tilly é a mais indicada, na medida em que é possível identificar, nos dois países, em tempos históricos semelhantes, a ocorrência de processos de transformação das ordens ditatoriais para as democracias formais, mas com peculiaridades profundas.

A essa comparação individualizadora se associam a segunda e a terceira estratégias de Theda Skocpol. A segunda, de utilização de conceitos sociológicos para desenvolver uma interpretação histórica significativa, se apresenta como a mais adequada para o desenvolvimento da pesquisa e que irá proporcionar encontrar da melhor maneira a resposta para o problema de pesquisa colocado. A essa estratégia, soma-se a terceira, uma vez que o pressuposto deste trabalho está

³³ Tradução livre. No original: mediante el examen de las diferencias sistemáticas entre los distintos casos.

³⁴ Tradução livre. No original: explicar sus características como una función de sus relaciones variables con el sistema como un todo.

baseado no reconhecimento do autoritarismo como uma persistência histórica que pode repercutir no modo como os direitos humanos são internalizados tanto na ordem constitucional Argentina como na brasileira.

Assim, mediante a utilização de conceitos teóricos, como o binômio democracia-direitos humanos e o conceito de estatalidade aberta, por exemplo, será desenvolvida uma interpretação histórica – no já mencionado tempo de longa duração de Braudel – e no segundo momento da segunda estratégia de Skocpol (1984), a comparação realizada entre os dois casos estudados será a comparação individualizadora conforme Tilly (1991), para mostrar as peculiaridades de cada caso focando nas diferenças entre eles. Não se irá buscar por características comuns ou universalizadoras, no entanto o método utilizado não impede que se encontre características comuns (GIORDANO, 2012, p. 18).

2.2. Abertura constitucional e a relação entre democracia e direitos humanos.

A abertura da ordem constitucional para outros instrumentos jurídicos é um fenômeno que pode ser observado em momentos distintos na história. Mariela Antoniazzi (2015), em sua tese de doutorado, delineou três tipos de abertura constitucional que ocorreram em três momentos: após a independência das colônias na América Latina, após o final da Segunda Guerra Mundial e da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e após a redemocratização dos países latino-americanos que passaram por períodos autoritários. Para delimitar o seu conceito de abertura constitucional, Mariela parte do conceito de estatalidade aberta do direito alemão. Cunhado por Klaus Vogel a Estatalidade aberta - “*Offenen Staatlichkeit*”, no idioma de origem – significa a permeabilidade do ordenamento jurídico interno pela abertura da esfera de competências do direito interno do Estado (ANTONIAZZI, 2015, p. 51). Ou seja, um Estado permeável que sai do paradigma do Estado fechado e passa a ser aberto para outras normativas.

Assim, é interessante observar que a abertura constitucional ocorreu desde a independência das colônias na América, ainda que de forma diversa da abertura constitucional como conhecemos hoje. Neste primeiro momento Mariela (2015, pp. 39-40) aponta a inspiração das constituições na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da 1789 da França, que foi incluída na Constituição da Venezuela de

1811, por exemplo, e em emendas da Constituição de 1787 dos EUA. Já nesta etapa a Argentina adotou em sua Constituição uma cláusula de direitos inominados, que permitiria reconhecer como constitucionais direitos que não estavam elencados na Constituição.

Já a abertura constitucional após 1948 foi marcada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e o início do desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos. No âmbito regional a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) foi o marco nesse período, no entanto, nos países que estavam sob governos ditatoriais os direitos elencados nos instrumentos internacionais não tiveram aplicação prática no ordenamento jurídico interno (ANTONIAZZI, 2015, pp. 46-47).

Para esta pesquisa, o enfoque se dá no terceiro momento identificado por Mariela: a abertura constitucional após a redemocratização dos países latino-americanos. A autora aponta uma dupla abertura constitucional neste período, uma para a integração econômica regional, e outra, ao direito internacional dos direitos humanos para inserir no direito interno garantias mínimas de direitos humanos internacionalmente definidas como resposta e contraponto às violações de direitos ocorridas durante as ditaduras (ANTONIAZZI, 2015, pp. 48-49). Neste sentido a abertura constitucional para o direito internacional dos direitos humanos neste período ocorre como uma forma (ou como a única forma) de garantir a efetivação em âmbito interno destes direitos mediante sua constitucionalização:

No final da década de 1970, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1978) entrou em vigor e o sistema interamericano surgiu, paradoxalmente, em um ambiente de marcado autoritarismo, desigualdade social e falta de uma cultura que garantisse a tríade de democracia, Estado de direito e direitos humanos. O paradoxo histórico mostrou que assim como o desafio do pós-guerra era a internacionalização dos direitos humanos como ferramenta fundamental para banir o genocídio, o desafio contemporâneo era a constitucionalização dos direitos universais 'como única forma de torná-los efetivos no âmbito interno. (ANTONIAZZI, 2015, pp, 48-49).³⁵

³⁵ Tradução livre. No original: "A fines de la década de los setenta entra en vigencia la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) y el sistema interamericano emerge, paradójicamente, en un entorno de marcado autoritarismo, desigualdad social y carencia de una cultura garantista de la tríada democracia, Estado de derecho y derechos humanos. La paradoja histórica arrojó que así como el desafío de la pos guerra era la internacionalización de los derechos humanos como herramienta fundamental para desterrar los genocidios, el desafío contemporáneo era la constitucionalización de los derechos universales "como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno"

Esta relação entre a abertura constitucional para o direito internacional dos direitos humanos e o período de transição política para a democracia na América Latina também é referida por outros pesquisadores do tema. Manuel Eduardo Góngora Mera aponta que nos processos de transição política para a democracia a referência explícita ao direito internacional dos direitos humanos nas novas (ou reformadas) constituições cumpria um papel de “consolidar a posição do judiciário frente aos poderes executivo e legislativo, permitindo a utilização do direito internacional como reforço dos compromissos do Estado na área dos direitos humanos e como limite ao inegociável no debate político”³⁶, incluindo a Argentina neste exemplo (MERA, 2014, p. 308). Na prática, a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos com hierarquia constitucional contribuiu para uma “aplicação mais eficaz de padrões e normas internacionais em casos internos” (MERA, 2014, p. 325)³⁷.

Nesse sentido, Flávia Piovesan (2015) indica que o processo de redemocratização na América Latina possibilitou a internalização de tratados internacionais sobre direitos humanos pelos países da região. Foi a existência de cláusulas de abertura constitucional nas novas Constituições, que surgiram como “marcos jurídicos de transições democráticas e da institucionalização de direitos” (PIOVESAN, 2015, p. 07), que permitiram o diálogo entre o ordenamento jurídico interno e o direito internacional dos direitos humanos.

A condicionalidade recíproca entre democracia e direitos humanos na América Latina é reforçada pela Carta Democrática Interamericana (CDI), aprovada em 11 de setembro de 2001 pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), que tem como objetivo fortalecer e preservar as instituições democráticas dos países da região. Desde o preâmbulo a CDI contém razões para a defesa das instituições democráticas e da garantia do direito internacional dos direitos humanos. O artigo 3º da CDI reafirma o respeito aos direitos humanos como elemento essencial da democracia representativa e o artigo 7º expressamente afirma a democracia como indispensável para o exercício dos direitos humanos

³⁶ Tradução livre. No original: “consolidar la posición del poder judicial frente al ejecutivo y el legislativo, permitiendo el uso del derecho internacional como refuerzo a los compromisos del Estado en materia de derechos humanos y como límite de lo no negociable en el debate político”

³⁷ Tradução livre. No original: “aplicación más eficaz de estándares y normas internacionales en casos internos”.

consagrados nos tratados internacionais de direitos humano e nas Constituições dos Estados:

Artigo 3º - Os elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, são o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; o acesso ao poder e seu exercício sujeito ao estado de direito; a realização de eleições periódicas, livres e justas, baseadas no sufrágio universal e secreto, como expressão da soberania do povo; o regime plural dos partidos e organizações políticas; e a separação e independência dos poderes públicos.

(...)

Artigo 7º - A democracia é essencial para o efetivo exercício das liberdades fundamentais e dos direitos humanos, em seu caráter universal, indivisível e interdependente, consagrados nas respectivas constituições dos Estados e nos instrumentos interamericanos e internacionais de direitos humanos. (OEA, 2003) ³⁸.

Há, assim, uma interdependência entre a democracia e os direitos humanos: a democracia exige direitos humanos e os direitos humanos precisam da democracia para serem concretizados. Pode-se afirmar assim que nas transições políticas para a democracia, naqueles países em que se teve nova Constituição, a preocupação dos constituintes estava também em garantir os direitos humanos de forma reforçada, o que se deu pela inclusão do direito internacional dos direitos humanos no direito interno por meio de cláusulas de abertura constitucional:

Com a chegada da democracia no subcontinente, floresceram ideias de adesão ao direito internacional dos direitos humanos, concomitantemente com as abordagens existentes no nível da comunidade internacional. Observou-se uma tendência de hierarquização constitucional dos instrumentos internacionais de direitos humanos. **Nas discussões das assembleias constituintes, refletiu-se o lema do “nunca mais” para deixar para trás o passado ditatorial e as violações dos direitos humanos, com força eloquente e catalisadora.** ³⁹ (ANTONIAZZI, 2015, p.55). (grifo nosso).

³⁸ Tradução livre. No original: “Artículo 3 - Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

(...)

Artículo 7 - La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.”

³⁹ Tradução livre. No original: “Con la llegada de la democracia al subcontinente florecieron las ideas de apego al derecho internacional de los derechos humanos, concurrente con los planteamientos existentes a nivel de la comunidad internacional. Se observó una tendencia hacia la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En las discusiones de las

Esta passagem de constituições fechadas para constituições abertas e permeáveis se deu de formas diferentes e por técnicas diversas na América Latina: cláusulas de materialidade aberta, determinação de primazia dos tratados de direitos humanos, bloco de constitucionalidade, interpretação pro *homine*, interpretação conforme ou direitos implícitos (ANTONIAZZI, 2015). Será visto ao longo desta dissertação que o Brasil e a Argentina realizaram a abertura constitucional no terceiro momento apontado por Mariela, cada país de uma maneira, mas buscando o mesmo objetivo: a maior efetividade dos direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais também no âmbito interno.

asambleas constituyentes se reflejó el eslogan del “nunca más” para dejar atrás el pasado dictatorial y las violaciones a los derechos humanos, con una fuerza elocuente y catalizadora.”

3. O CASO BRASILEIRO

O enfoque do primeiro capítulo se dá no caso do Brasil e inicia com a contextualização da ditadura e da transição política no Brasil a fim de compreender a conjuntura histórica que levou ao golpe de 1964 e aos vinte e um anos de ditadura que seguiram, as fases deste período e, principalmente, os fatores que levaram ao início de uma abertura e de um processo de transição para a democracia. Compreender a forma como se deu a transição política após a ditadura institucional das forças armadas é essencial para responder à pergunta que guia esta pesquisa de mestrado. Na primeira parte deste capítulo também será realizado um incursão teórico sobre os conceitos de ditadura e de transição política para delimitar temporalmente estes períodos no caso brasileiro, e, no capítulo seguinte, no caso argentino.

Na segunda parte deste capítulo se encontra a análise dos debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, das comissões e subcomissões que trataram da internalização do direito internacional dos direitos humanos – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Subcomissão da Nacionalidade da Soberania e das Relações Internacionais, Subcomissão da Nacionalidade e dos Direitos Políticos – bem como da Comissão de Sistematização e da Comissão de Redação. Também é objeto da segunda parte do capítulo primeiro os debates legislativos referentes ao Projeto de Emenda à Constituição 96/1991, que foi aprovado como a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que incluiu o §3º do artigo 5º da Constituição.

O que se espera dessa análise é, primeiramente, verificar em que termos se deu a abertura constitucional brasileira com a adoção do §2º do artigo 5º no texto originário da Constituição de 1988 e, também, quais as circunstâncias que culminaram no acréscimo do §3º ao mesmo artigo, que passou a exigir um procedimento formal ao qual as normas do direito internacional dos direitos humanos passaram a ter que se submeter para adquirirem status de norma constitucional. A última parte do primeiro capítulo inicia com um histórico do Supremo Tribunal Federal e a explicação acerca de sua estrutura e funcionamento para depois centrar na análise das decisões do STF envolvendo a aplicação do direito internacional dos direitos humanos em suas decisões para buscar a interpretação das cláusulas de

abertura constitucional da Constituição de 1988 pela Corte. A atuação da Suprema Corte brasileira complementa a análise anterior, já que se constitui como o espaço protagonista da aplicação das normas constitucionais e, conseqüentemente, as condições de efetivação das normas do direito internacional dos direitos humanos estão atreladas a atuação institucional deste poder do estado brasileiro.

3.1.O contexto da ditadura e da transição política no Brasil: legalidade autoritária e transição negociada.

Esta seção da dissertação tem como objetivo contextualizar o golpe militar, os marcos legais da ditadura e principalmente como se deu a longa transição negociada no caso brasileiro com a finalidade de, após a análise do caso argentino, realizar a comparação entre os processos transicionais nos dois países. Pela impossibilidade de esgotamento do tema no espaço desta dissertação, o enfoque que será dado a essa contextualização é aquele que contribui para explicar os mecanismos institucionais de manutenção do autoritarismo como um elemento de permanência histórica.

O golpe militar que ocorreu em 01º de abril do ano de 1964 e que depôs o presidente João Goulart ocorreu em um contexto de avanço do autoritarismo na América Latina na segunda metade do século XX. No Cone Sul⁴⁰ este autoritarismo foi exercido por ditaduras institucionais das forças armadas que tomaram o poder por meio de golpes militares (ANSALDI, GIORDANO, 2012; PERREIRA, 2010). A ditadura brasileira que iniciou em 1964 e terminou em 1985 foi a primeira da região a ser instaurada e a que teve a duração mais longa. Nesse sentido, Anthony Pereira considera que a ditadura do Brasil foi “um protótipo para um novo tipo de autoritarismo na América Latina” (2010, p. 51).

As ditaduras institucionais das forças armadas na América Latina, que ocorreram entre as décadas de 1960 e 1980, seguiam a Doutrina de Segurança Nacional (DSN), com o apoio do governo dos Estados Unidos. Os golpes eram justificados na existência de um inimigo interno que precisava ser combatido. Esse

⁴⁰ Denomina-se Cone Sul a parte Sul da América Latina e que inclui os seguintes países: Brasil, Argentina, Chile e Uruguai e, em algumas classificações, também o Uruguai.

inimigo interno, no contexto da Guerra Fria, eram os comunistas (PEREIRA, 2010; ANSALDI; GIORDANO, 2012).

As ditaduras institucionais das forças armadas se caracterizavam pelo estabelecimento de normas para a sucessão no exercício do poder, assegurando a continuidade da ditadura no governo com um caráter institucional. Havia uma preocupação em dar a essas ditaduras um caráter de legalidade, justamente para legitimar o exercício do poder usurpado por golpes de Estado (PEREIRA, 2010, p. 53; ANSALDI; GIORDANO, 2012, 412).

A violência estava presente em todas essas ditaduras que ao longo de sua duração praticaram terrorismo de Estado⁴¹, tortura, homicídios, e desaparecimentos daqueles que eram considerados inimigos. Para Ansaldi e Giordano, “foi uma guerra contra compatriotas, levada ao limite da prática de crimes de lesa humanidade, inclusive o genocídio” (2012, p. 410).

No caso Brasileiro o presidente do país quando ocorreu o golpe era João Goulart, também conhecido como Jango, que havia sido eleito vice-presidente nas eleições de 1960. Naquele pleito o presidente eleito foi Jânio Quadros que renunciou ao cargo em agosto de 1961. Na época, a votação para presidente e vice-presidente era independente e, João Goulart, mesmo tendo sido eleito diretamente pela população e sendo o sucessor legal com a renúncia de Quadros, não foi imediatamente empossado porque o alto comando das forças armadas se posicionou de forma contrária à sua posse (PEREIRA, 2010, p. 88).

A posse de João Goulart foi precedida de um movimento que ficou conhecido como “Campanha da Legalidade” e que foi iniciado no Rio Grande do Sul pelo então governador Leonel Brizola e teve grande adesão de movimentos populares, mobilização sindical e estudantil. A posse de Goulart na presidência somente se efetivou após a mudança do sistema de governo presidencialista para o parlamentarista, como uma forma de retirar poderes do presidente da república,

⁴¹ Neste trabalho adotamos a concepção de Terrorismo de Estado (TDE) do historiador Enrique Padrós, para quem, esta categoria se configura “como uma modalidade essencialmente distinta do terrorismo individual ou de grupos extremados não-estatais. Enquanto este é responsabilidade de indivíduos que utilizam a violência de forma indiscriminada para atingir e desestabilizar o Estado e a sociedade, o TDE se fundamenta na lógica de governar mediante a intimidação. Em suma, é um sistema de governo que emprega o terror para enquadrar a sociedade e que conta com o respaldo dos setores dominantes, mostrando a vinculação intrínseca entre Estado, governo e aparelho repressivo”. (PADRÓS, 2005, p. 65).

exigência das forças políticas contrárias à posse de João Goulart⁴² (PEREIRA, 2010; ANSALDI; GIORDANO, 2012).

Esse retorno à 1961 e à Campanha da Legalidade se faz necessário para visualizar que desde o início existiu recusa ao governo de Jango. Quando foi deposto pelo golpe militar Jango contava com alto apoio popular às reformas de base anunciadas no Comício das Reformas em 13 de março de 1964, entre as quais estavam a legalização do partido comunista, a reforma agrária, eleitoral, tributária, educacional e estudantil, o voto para analfabetos e a reestatização das refinarias de petróleo. No entanto, havia também um movimento da classe média e das elites contrários ao governo, que, na Marcha da Família com Deus pela Liberdade, realizada em resposta ao Comício das Reformas, alertavam e protestavam contra um perigo comunista (MEMORIAL DA DEMOCRACIA, 2015-2017).

Jango enfrentava forte oposição no Congresso, das elites empresariais e industriais e também estava em clima de animosidade com os militares, em razão de ter manifestado apoio aos militares de baixa patente que buscavam se organizar politicamente (MACHADO, 2015). O Golpe foi antecedido, portanto, por uma série de crises e de momentos de enfrentamento do governo Jango com seus opositores políticos, militares e do setor empresarial.

O ato que desencadeou o golpe foi a marcha das tropas militares do General Olímpio Mourão Filho de Minas Gerais para o Rio de Janeiro que iniciou em 31 de março de 1964. Já no Rio de Janeiro, em 1º de abril de 1964, os chefes militares de outras regiões aderiram ao ato de Mourão e, desde logo, incendiaram a sede da União Nacional dos Estudantes (UNE) que reunia e organizava uma resistência ao golpe em curso (MACHADO, 2015; CHUERI; FERNANDES, 2015).

João Goulart ainda estava em solo brasileiro quando foi declarada vaga a presidência da república pelo presidente do Senado. O presidente da Câmara dos Deputados tomou posse como presidente da república, em total desacordo com a ordem constitucional vigente. A inconstitucionalidade do golpe era evidente (CHUERI; FERNANDES, 2015).

Aqueles que perpetraram o golpe o chamaram de revolução e buscaram legitimá-lo legalmente por meio do primeiro Ato Institucional que, somente com a

⁴² O motivo da oposição à posse de João Goulart era devido ao fato do alto comando militar o vincular ao movimento sindical, ao Partido Comunista e ao legado do governo de Getúlio Vargas, do qual João Goulart foi Ministro do Trabalho na década de 1950 (PEREIRA, 2010, p. 89).

chegada do segundo, recebeu a numeração de Ato Institucional nº 1 (AI-1). Conforme Pereira, no Brasil, a preocupação em justificar o golpe constitucionalmente foi maior do que na Argentina no golpe de 1976 em que este tipo de preocupação com a legitimação foi quase ausente. A ordem constitucional foi constantemente alterada para se tornar compatível com os atos políticos da ditadura, o que Vera Karam Chueri e Heloísa Fernandes chamam de desordem jurídico-constitucional (2015). Em termos de reconhecimento internacional, os EUA reconheceram o governo da ditadura brasileira já no dia 02 de abril de 1964 (PEREIRA, 2010, p. 116). Outra característica da ditadura brasileira que se diferencia do que ocorreu na Argentina, foi o apoio ao golpe por parte de juristas e de parcelas consideráveis do poder judiciário, o que também conferia legitimidade aos militares usurpadores do poder institucional⁴³ (PEREIRA, 2010, p. 116).

Foi por meio do Ato Institucional nº 1, publicado em 09 de abril de 1964, que o golpe foi vinculado à ideia de revolução para legitimar o golpe por ele mesmo. Havendo uma revolução se teria, então, um poder constituinte originário com legitimidade para alterar as normas constitucionais:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, **a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma.** Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. **A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização** a limitar os plenos poderes de

⁴³ Anthony Pereira destaca o apoio dos juristas Francisco Campos, Antônio Neder e Carlos Medeiros: “Medeiros, um advogado e jurista que havia ocupado cargos importantes no Estado Novo e no governo Kubitscheck, foi nomeado para o Supremo Tribunal Federal, em 1965, pelo Presidente Castelo Branco, o primeiro presidente do regime militar. Neder, adversário de Vargas, teve participação importante na conspiração e foi nomeado por Castelo Branco para o Tribunal Federal de Recursos (TFR), e pelo presidente Médici para o Supremo Tribunal em 1971. Campos, a mais conhecida dessas três personalidades, teve grande influência no arcabouço da legalidade do Estado Novo. Após o golpe de 1964, foi nomeado pelo novo governo representante do Brasil na Comissão Interamericana” (PEREIRA, 2010, p. 116).

que efetivamente dispõe (ATO INSTITUCIONAL nº1, 1964) (destaques acrescentados).

O AI-1 manteve a Constituição de 1946, no entanto, o próprio AI-1 a modificou impondo, desde logo, a eleição indireta para presidente e vice-presidente da República, por exemplo. A vinculação do golpe a uma revolução e a um poder constituinte originário realizada pelo primeiro ato institucional da ditadura gerou uma relação dúbia da Constituição com este e com os mais dezesseis atos institucionais que se seguiram⁴⁴. A resposta teórica para esta relação foi a de que os atos institucionais possuíam hierarquia superior à Constituição podendo, portanto, modificá-la. O Supremo Tribunal Federal, quando provocado a se manifestar acerca da relação entre a Constituição e os Atos Institucionais, apenas decidia qual deles deveria prevalecer no caso concreto, sem entrar no mérito da validade dos atos institucionais (CHUERI; FERNANDES, 2015, p. 265).

Vera Karam Chueri e Heloísa Fernandes, ao estudarem a relação entre a ordem constitucional e a ordem ditatorial, apontam para a utilização de uma legalidade autoritária conservadora dos atos institucionais, “na medida em que não atua mais em sentido de defesa da ilimitação revolucionária, mas de institucionalização do regime” (CHUERI; FERNANDES, 2015, p. 269). Antony Pereira, em um primeiro momento, classifica a legalidade autoritária da ditadura brasileira como híbrida entre uma legalidade conservadora e uma legalidade autoritária revolucionária, no entanto, considera que a forma como se deu a repressão judicial no país foi muito mais conservadora do que na Argentina e no Chile (PEREIRA, 2010, p. 119).

Dentre os dezessete atos institucionais decretados durante a ditadura destaca-se, além do AI-1, o AI2 e o AI-5. O Ato Institucional nº 2 foi decretado em outubro de 1965 e é considerado o documento fundador do regime militar do ponto de vista jurídico, tendo criado a estrutura da repressão que foi mantida até o final da década de 1970 (PEREIRA, 2010, p. 121). Entre as disposições do AI-2 destaca-se a autorização para o presidente decretar estado de sítio e a alteração no número de

⁴⁴ Ao todo foram decretados 17 atos institucionais durante a ditadura brasileira de 1964 a 1985. O AI-1 foi editado pelo comando supremo da revolução. O AI -2, AI-3 e AI4 foi decretado pelo presidente Castello Branco. Costa e Silva decretou os atos institucionais 5 ao 11. Os atos institucionais 12 ao 17 foram decretados por uma junta militar integrada pelos ministros do Exército, Marinha e da Aeronáutica (CHUERI; FERNANDES, 2015, p. 269).

membros do Supremo Tribunal Federal que passou de 11 para 16 – fato que será detalhado no ponto 2.3. referente ao STF.

A legalidade autoritária da ditadura brasileira também foi marcada pela outorga de uma nova Constituição em 1967. Foi por meio dela que foi instituído o foro militar para os civis quando se tratassem de crimes contra a segurança externa ou contra as instituições militares (CHUERI; FERNANDES, 2015, p. 272). A ditadura passou, assim, a contar com a ordem constitucional e a ordem dos atos institucionais, ambas produzidas pelo regime.

O Ato Institucional nº 5, decretado em 1968, é considerado o mais radical da ditadura. Nas palavras de Vera Karam Chueri e Heloísa Fernandes foi “a ordem mais violenta produzida e imposta pela ditadura” (2015, p. 273). O AI-5 suspendeu o *habeas corpus* para acusados de crimes contra a segurança nacional, autorizou a intervenção da União nos estados e nos municípios sem as limitações previstas na Constituição, permitiu a suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de 10 anos e também a cassação de mandatos eletivos na esfera federal estadual e municipal. Na prática a suspensão do *habeas corpus* significou a institucionalização das confissões dos presos obtidas por meio de tortura. Foi mantida a realização de julgamento dos presos políticos, caracterizando assim uma legalidade autoritária conservadora, em contraposição à Argentina que adotou uma repressão mais extrajudicial (PEREIRA, 2010, p. 123). Com a decretação do AI-5 também houve a aniquilação do princípio da supremacia da Constituição visto que:

nem formalmente (já que atos institucionais poderiam alterar a Constituição, por exemplo), e nem materialmente (pois na prática não havia nem separação dos poderes e nem proteção aos direitos fundamentais, marcas fundamentais do constitucionalismo moderno) havia prevalência da Constituição (CHUERI; FERNANDES, 2015, p. 273).

A existência de tribunais civis e tribunais militares para o processamento e julgamento dos opositores da ditadura também contribuiu para a legitimação do regime naquele momento, havendo organização e documentação dos processos em que eram réus os presos políticos. Conforme leciona Anthony Pereira, havia um consenso entre as elites militares e judiciárias sobre como organizar a repressão, sendo que “o uso dos tribunais militares como instrumento de ação judicial contra dissidentes e opositores manteve o regime militar brasileiro numa trajetória legalista,

embora não constitucional” (PERREIRA, 2010, p. 142). Essa judicialização da repressão contribuiu também para a duração da ditadura pelo período de 21 anos.

O fato de existir procedimentos legais para julgar os opositores do regime acusados tanto de crimes comuns quanto de crimes contra a Lei de Segurança Nacional, não significou que o regime militar agiu dentro dessa legalidade autoritária. A ditadura deixou como marca profunda na história do Brasil graves violações contra os direitos humanos cometidas pelo próprio Estado.

O Relatório da Comissão Nacional da Verdade listou 191 mortos e 243 desaparecidos políticos no Brasil entre 1964 e 1988 (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, Vol. III, p. 26)⁴⁵. De acordo com o Relatório Brasil Nunca Mais 1.843 pessoas denunciaram a violência sofrida em tortura durante a ditadura (1985, Tomo V, Vol1, p. 17). O mesmo Relatório identificou 7.367⁴⁶ pessoas denunciadas processadas e julgadas perante a Justiça Militar Brasileira e mais 6.385 indiciadas e ouvidas em fase de inquérito, sem que tenha sido instaurado processo judicial (1985, Tomo III, p. 1-5).

Por trás de cada um desses números estão incontáveis sofrimentos causados pela ditadura sob uma legalidade autoritária e também fora dessa legalidade. As pesquisas realizadas pela Comissão Nacional da Verdade e pelas demais iniciativas em um processo de busca de memória, verdade e justiça, somam milhares de páginas de relatos das violências praticadas pelos agentes da ditadura brasileira. As violações de direitos humanos ocorridas nesse período fizeram com que a proteção dos direitos humanos fosse uma agenda presente no processo de redemocratização, sobretudo, pela sociedade civil organizada em torno do tema das

⁴⁵ Conforme o relatório da Comissão Nacional da Verdade, foram compreendidas por morte “1) execuções sumárias ou arbitrárias (incluindo mortes decorrentes de tortura); 2) mortes em conflitos armados com agentes do poder público; 3) suicídios na iminência de prisão ou de tortura e em decorrência de sequelas de tortura. Essas modalidades, por sua recorrência no período da ditadura militar (1964-85), já foram objeto de análise da CEMDP. Por desaparecimento forçado considerou-se considerada “toda privação de liberdade perpetrada por agentes do Estado – ou por pessoas ou grupo com autorização, apoio ou consentimento do Estado –, seguida da recusa em admitir a privação de liberdade ou informar sobre o destino ou paradeiro da pessoa, impedindo o exercício das garantias processuais. Com esta negativa, o Estado atua clandestinamente, retira a vítima da esfera da proteção da lei e impede que seus familiares e a sociedade conheçam as circunstâncias do desaparecimento.” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, Vol. III, p. 26).

⁴⁶ As acusações eram das seguintes ações: Militância em Organizações Partidárias Clandestinas, Simpatizantes dessas organizações, qualquer outra ligação com essas organizações, qualquer atividade em Partido legal, participação em entidades ou movimentos de massa, porte e material, participação em ação violenta ou armada, Manifestação de ideias por meios regulares (manifestação de ideias por meios não regulares, manifestação de ideias por meios artísticos, críticas e ataques a autoridades, participação em cargos do regime deposto ou identificação com ele, e indisciplina militar. (PROJETO BRASIL NUNCA MAIS, Tomo III, p. 3).

violações de direitos humanos por parte do Estado, como os crimes de tortura e desaparecimento forçado, cuja denúncia e responsabilização se tornaram pautas prioritária dos grupos de familiares de desaparecidos políticos e das alas mais progressistas da igreja católica. Contudo, a transição controlada pelo próprio regime impediu um debate mais amplo publicamente nos termos de uma verdadeira agenda de direitos humanos para o país.

Ainda que a transição política para a democracia no Brasil e na Argentina tenha se dado de formas distintas, há um conceito de transição política comum que se aplica para os dois casos. Waldo Ansaldi e Verónica Giordano (2012) inserem o estudo das transições no conceito de democracia empírica descritiva, que trata sobre como a democracia é, em contraposição ao conceito de democracia filosófica e prescritiva, ou seja, sobre como a democracia deve ser. A transição, assim, é um conceito pensado para “analisar os processos que se iniciaram em uma situação de ditadura ou regime não democrático e que finalizaram em novo quadro institucional” (ANSALDI; GIORDANO, 2012, p. 504).

Esse novo quadro institucional é marcado por características mínimas para se configurar como democrático, entre elas eleições livres e periódicas, a posse dos candidatos vencedores destas eleições, e a aprovação de uma nova Constituição que contemple normativamente os aspectos substanciais da democracia (ANSALDI; GIORDANO, 2012). Destaca-se que nem sempre a transição vem acompanhada da promulgação de uma nova Constituição, como no caso da Argentina, em que foi retomada a Constituição de 1853, posteriormente reformada em 1994. Ainda, nesta pesquisa se considera o perfil substancial da democracia, que inclui a sua vinculação ou permeabilidade em relação às questões de direitos humanos (MARIELA, 2015).

A transição política é um processo de mudança cujo sentido está na própria palavra transição. Este processo, a depender do conceito adotado, pode ter marcos iniciais e finais diferentes. A transição pode se referir desde a fase final do regime ditatorial, em que há adoção de medidas que apontam para o início da retirada dos militares do poder, como também ao período referente à mudança de regime político e à formação de um novo governo democrático.

Waldo Ansaldi e Verónica Giordano (2012) distinguem os momentos de transição da ditadura para a democracia, a mudança de regime político e o primeiro governo pós-ditadura:

A transição da ditadura para a democracia é um processo, de duração temporal variável, iniciado em uma situação de ditadura e gerado por diversos motivos, como protesto popular, dissidência ou fratura dentro das Forças Armadas, derrota política - e excepcionalmente militar - de um projeto da ditadura, ação concertada entre partidos políticos de oposição, suas negociações com a liderança militar. A mudança de regime político ocorre quando a ditadura deixa de vigorar, e com ela também as características substancialmente distintivas desse tipo de regime, e dá lugar, em boa proporção, às características que, antagonicamente, são características da democracia: a liberdade de associação, de opinião, de imprensa e de atuação partidária; pluralismo político e ideológico; separação dos poderes do Estado (geralmente não total); observância – não sem limitações – dos direitos humanos; realização de eleições livres, sem proibições. O primeiro governo pós-ditadura ou democrático é, obviamente, aquele que se exerce – nas condições de mudança de regime já mencionadas – após a consagração dos candidatos triunfantes em eleições ainda realizadas sob um governo militar. O exercício do poder por este Governo pode ter mais ou menos condições, herdadas da ditadura, para as quais importa observar qual a atitude que o Governo adota em relação a elas” (ANSALDI; GIORDANO, 2012, p. 504).⁴⁷

Nesse sentido, a transição política da ditadura para a democracia ocorre entre o final da ditadura e o início do regime democrático. Considerando esta definição, no caso brasileiro a transição política para a democracia – sem entrar no debate acerca da consolidação ou não da democracia, mas de uma ordem que se possa chamar de democrática em razão da presença dos requisitos mínimos já mencionados⁴⁸ – inicia em 1974 com a “distensão lenta, gradual e segura” que se iniciou no governo

⁴⁷ Tradução livre. No original: “La transición de la dictadura a la democracia es un proceso, de extensión temporal variable, iniciado en situación de dictadura y generado por diferentes razones, como protesta popular, disenso o fractura dentro de las Fuerzas Armadas, derrota política – y excepcionalmente, militar – de un proyecto de la dictadura, acción concertada entre partidos políticos de oposición, negociaciones de estos con las jefaturas militares. El cambio de régimen político se produce cuando la dictadura deja de tener vigencia, y con ello también las características sustancialmente distintivas de ese tipo de régimen, y cede lugar, en buena proporción, a las características que, antagónicamente, son propias de la democracia: libertad de asociación, de opinión, de prensa y de funcionamiento de los partidos; pluralismo político e ideológico; separación de los poderes del Estado (por lo general, no total); observancia – no extenta de limitaciones – se los derechos humanos; realización de elecciones libres, sin proscripciones. El primer Gobierno posdictadura o democrático es, obviamente, el que se ejerce – en las condiciones de cambio de régimen recién señaladas – tras la consagración de los candidatos triunfantes en elecciones realizadas todavía bajo un Gobierno militar. El ejercicio del poder por parte de este Gobierno puede tener más o menos condicionamientos, heredados de la dictadura, por lo cual es importante observar qué actitud adopta el Gobierno frente a ellos.”

⁴⁸ Conforme lecionar Marcelo Torelly, no contexto das transições em que a ditadura teve origem na política interna “a democracia se torna majoritariamente, um dado externo ao conjunto de elementos que se agrupam para gerar a transição, tornando - se não o objetivo político da própria transição, mas, sim, uma meta de longo prazo” (TORELLY, 2012, posição 920).

de Ernesto Geisel (1974-1979) (ARRUDA, 2019), e encerra com a promulgação da Constituição Cidadã em 05 de outubro de 1988. A adoção destes marcos se dá considerando a divisão da transição política para a democracia no Brasil adotada por Marcelo Torelly, que considera o início da transição em 1974 com a distensão, a promulgação da Lei da Anistia de 1979, como um segundo marco, seguido das eleições indiretas de 1985 e da promulgação da Constituição em 1988 (TORELLY, 2012, posição 2383).

No caso brasileiro há, portanto, um momento da transição política que ocorre ainda sob a ditadura e outro momento que ocorre durante o primeiro governo eleito depois da ditadura. No entanto, há uma particularidade quanto a este primeiro governo civil eleito após o fim oficial do governo militar, que é a eleição indireta por meio de um colégio eleitoral formado por parlamentares que foram eleitos durante a ditadura. A eleição de Tancredo Neves marca o fim da ditadura e a mudança de regime, contudo não marca o fim da transição, é apenas um marco intermediário neste processo que durou 14 anos, fazendo jus ao slogan de transição “lenta, gradual e segura”. A transição brasileira é classificada como uma transição por transformação e como uma transição “negociada” (TORELLY, 2012; GALLO, 2016).

O processo de transição política para a democracia está diretamente relacionado com o tipo de regime não democrático anterior e com a capacidade de abertura para o diálogo daquele regime, tornando a transição mais controlada ou não, mais pactuada ou não (TORELLY, 2012). Tanto o caso brasileiro como o caso argentino, como visto anteriormente, tiveram a transição política para a democracia partindo de um regime autoritário de ditaduras institucionais de forças armadas.

Entre as características dos regimes autoritários em geral está a existência de um “pluralismo limitado na sociedade, seja por meio de uma ‘semioposição’, seja por persistirem padrões de pluralidade social ou econômica que são prévios ao regime, mas que não o afetam substancialmente” (TORELLY, 2012, posição 1137). No caso brasileiro, a existência de uma legalidade autoritária decorrente da preocupação da ditadura de aparentar uma legalidade formal para legitimar sua existência e seus atos contribuiu para que a transição política fosse “negociada”, por “transformação”, e lenta com controle e condução do processo pela própria ditadura (PERREIRA, 2016; TORELLY, 2012).

Ao tratar da influência das autoridades do antigo regime na transição, Marcelo Torrely destaca que:

(...) quando um regime é governado por determinada hierarquia, mais notadamente uma hierarquia militar, sua substituição por um governo civil por via eleitoral pode ser o caminho mais curto para o início de um processo de democratização. A existência de um governo militar implica uma substancial diferença para o processo de transição quando comparada a uma transição não militar considerando-se que os militares são parte orgânica do todo estatal, tendo sido ímpar na história a experiência do Haiti, que em meio a uma longa história de golpes dissolveu e extinguiu os poderes militares em 1995, passando a existir como país soberano sem forças armadas (...) (TORELLY, 2012, posição 1181).

No caso brasileiro o governo da ditadura era exercido por militares organizados hierarquicamente e as eleições foram um mecanismo utilizado para a realização da transição política.

Ainda quanto à classificação da transição política brasileira, Anthony Pereira, em seu estudo comparado das ditaduras no Brasil, na Argentina e no Chile, aponta como fatores que contribuíram para que a transição no Brasil fosse “lenta, gradual e segura” e, também, controlada pelos militares: o baixo nível de violência letal em comparação aos demais países, a legitimidade obtida pela ditadura também em razão da maior habilidade na administração da economia em comparação com a ditadura na Argentina, e a alta taxa de violência cotidiana no país – que tinha taxas de homicídios “quatro vezes maior que a argentina e sete vezes maior que a chilena” – o que reduzia “o peso político relativo da repressão” praticada pela ditadura brasileira (PERREIRA, 2010 p. 239-240).

A transição brasileira iniciada em 1974 e a transição argentina iniciada em 1982 inserem-se na chamada terceira onda de democratização. Mainwaring e Aníbal Pérez-Linán definem uma onda de democratização como “um período de tempo contínuo durante o qual há um declínio sustentado no número de regimes autoritários”⁴⁹ (MAINWARING, PÉREZ-LINÁN, 2005, p. 18). No conceito de Samuel Huntington:

uma onda de democratização é um grupo de transições de regimes não democráticos para regimes democráticos que ocorrem dentro de um

⁴⁹ Tradução livre. No original: “a continuous time spell during which there is a sustained decline in the number of authoritarian regimes”

determinado período de tempo e que superam significativamente as transições na direção oposta⁵⁰ (HUNTINGON, 1991, p. 15).

A classificação da democratização em ondas se dá em razão dos refluxos autoritários que ocorrem entre cada um dos períodos que foram identificados. Em sua pesquisa Samuel Huntington identificou três ondas de democratização. A primeira entre 1828 e 1926, a segunda entre 1943 e 1962 e a terceira entre 1994 e até o presente. Os refluxos autoritários, ocorreram entre 1922 e 1942 com avanço do totalitarismo, e em 1962 e 1974 com o avanço do autoritarismo. Já após a terceira onda de democratização teria se seguido uma onda de populismo (HUNTINGON, 1991; MAINWARING, 2005). Ainda, Huntington classifica as transições da terceira onda como transições por “transformação”, que seriam aquelas em que “aqueles que ocupam o poder no regime autoritário tomam a dianteira e jogam o papel central no encerramento do regime e na mudança para um regime democrático” (HUNTINGON, 1991, p.124-125).

Os casos de transições democráticas da terceira onda, que se iniciou na década de 1970 e se estendeu até a década de 1990, localizam-se: no sul europeu, Grécia, Portugal e Espanha nos anos de 1979, na América Latina nos anos 80 e no Leste Europeu, na África e na Ásia nos anos 1990 (HUNTINGON,1991; MAINWARING, 2005). Assim, como a última onda identificada, as democratizações da terceira onda têm como preocupação instituir uma democracia que não sucumba frente a uma nova onda autoritária. Ou seja, a democratização da terceira onda pretenderia se consolidar e ser resistente para se manter frente a um refluxo autoritário.

A identificação da localização da transição do Brasil e da Argentina na terceira onda de democratização é necessária em razão da verificação de dois mecanismos comumente utilizados pelas transições desse período e que estiveram presentes tanto no caso brasileiro como no caso argentino: a realização de eleições e a promulgação de leis de anistia (TORELLY, 2012). As ondas de democratização também ajudam a visualizar que a democratização não é linear e que as conquistas democráticas não são perenes: a democracia sempre está ameaçada e existe o risco de ocorrer um refluxo democrático com o avanço de ondas não democráticas.

⁵⁰ Tradução livre. No original: “a wave of democratization is a group of transitions from nondemocratic to democratic regimes that occur within a specified period of time and that significantly outnumber transitions in the opposite direction.”

Ao localizar o modelo transicional brasileiro na terceira onda, Marcelo Torelly leciona que o modelo de transição por transformação, em razão da ameaça de retrocesso ao autoritarismo, faz com que seja difícil determinar o exato momento do final do regime autoritário e que:

No caso brasileiro em concreto, mesmo existindo clareza sobre a data limite para marcar o final do regime militar, com a eleição de um presidente civil por via indireta em 1985, persiste na literatura uma razoável divergência sobre qual data - chave marcou o início da democracia: se esta mesma, em 1985, ou se a promulgação da nova Constituição em 1988. Recentes notícias na imprensa nacional, dando conta de que aparelhos de segurança seguiram monitorando autoridades civis mesmo durante a década de 1990, nos governos Sarney, Collor e Itamar, reforçam a dificuldade de estabelecimento do marco efetivo de nosso retorno à legalidade (TORELLY, 2012, posição 1312).

Apesar das divergências, nesta pesquisa considera-se como marco do retorno à democracia e final da transição a promulgação da Constituição de 1988. Pra Torelly, nas transições da terceira onda por meio de eleições e anistias a forma como estes dois procedimentos políticos são operados é que “será determinante para que eles sejam efetivamente considerados democráticos e lícitos desde determinada perspectiva jurídica” e acrescenta que a conservação dos resultados da transição decorrentes das eleições e da anistia depende também da “capacidade de a sociedade compreender esses processos seja no momento em que ocorrem, influenciando de maneira mais objetiva, seja posteriormente, já na democracia” (TORELLY, 2012, posição 1342).

Tanto a transição brasileira como a transição argentina utilizaram de eleições e de leis de anistia como mecanismos para o processo transicional. A existência de eleições livres aparece unanimemente como uma característica dos regimes democráticos. Segundo Marcelo Torelly, na transição política para a democracia, partindo de um regime autoritário, “promover eleições é a medida mais eficiente para iniciar o processo de ressurgimento e reorganização da sociedade civil” em muitos casos, considerando a possibilidade dos grupos políticos, antes reprimidos, expressarem seu projeto político sem censura e repressão (TORELLY, 2012, posição 1375).

Nesse sentido, a existência de eleições no processo transicional vai possibilitar uma disputa organizada pelo poder. Ainda que as regras desse processo

eleitoral tenham sido editadas pelos integrantes da ditadura, a existência de uma normativa prévia e aplicável a todos gera um “embrião para a democracia”:

o processo necessário para realizar uma eleição minimamente livre e democrática já é , em si , a geração de um embrião para a democracia , na medida em que limita e equilibra a atuação dos grupos numa disputa balizada por regras previamente estabelecidas (mesmo que imperfeitas); estabelece mecanismos de mobilização social ; conecta a sociedade com a comunidade política (que antes era isolada no sistema burocrático) e, sobretudo; permite uma ampliação significativa (e com crescimento gradual no tempo) do acesso da cidadania ao poder (TORELLY, 2012, posição 1383).

Nesse sentido, Torelly leciona que os processos eleitorais como mecanismo de transição, além de darem início ao processo de rearticulação da sociedade civil, também dão legitimidade social para o novo governo que passa do “modelo de legitimação técnica do poder” como aqueles fundados na “necessidade de manutenção da ordem” ou “geração de desenvolvimento” para um governo na esfera política (TORELLY, 2012, posição 1436).

As leis de anistia também são um tema conhecido pelos países latino-americanos nos processos de redemocratização. Mark Freeman conceitua anistia como:

uma medida legal, adotada em circunstâncias excepcionais, cuja função primária é remover, condicional ou incondicionalmente, a possibilidade e as vezes mesmo as consequências de um procedimento legal contra determinados indivíduos ou classe de pessoas em relação a também designados tipos de ofensas⁵¹ (FREEMAN, 2012, p. 37, *apud*, TORELLY, 2012, posição 1451).

A problematização em relação ao uso de anistias como mecanismo transicional se dá quando a condução da transição pelo regime autoritário anterior resulta em autoanistias em que os agentes que atuaram no regime não democrático são anistiados, ou seja, a anistia resulta em impunidade às violações de direitos humanos que ocorreram naquele período.

No Brasil e na Argentina a anistia foi perfectibilizada por meio de leis que, na prática, configuraram autoanistias. No caso brasileiro a Lei nº 6.683 de 1979 foi posteriormente julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento

⁵¹ Tradução livre. No original: Amnesty is a legal measure, adopted in exceptional circumstances, whose primary function is to remove, conditionally or unconditionally, the prospects and sometimes the consequences of a legal procedure against designated individuals or class of persons in respect of designated type of offenses. (FREEMAN, 2012, p. 37, *apud*, TORELLY, 2012, posição 1451).

da ADPF nº 153⁵², enquanto que no caso da Argentina a *Corte Suprema de Justicia de La Nación* declarou inconstitucional (*inexequible*) a Lei de *Punto Final* e a Lei de *Obediencia Debida*, conforme se verá no capítulo seguinte (GALLO, 2016). O Brasil, portanto, ao manter vigente a Lei de Anistia de 1979 viola os artigos 8 e 25 combinados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (TORELLY, 2012).

No caso brasileiro, a promulgação da Constituição de 1988 coroou a transição para a democracia. No entanto, pelo nível de controle dos militares em relação à transição brasileira, somente foi possível chegar à promulgação da nova Carta Constitucional porque ela foi antecedida por eleições e pela anistia, que criaram o ambiente que viabilizou a constituinte:

Os dois principais mecanismos transicionais brasileiros foram, sem dúvida, a promulgação da lei de anistia em 1979 e a ocorrência de eleições livres. Se a promulgação da Constituição de 1988 é notadamente o marco jurídico mais importante da transição, inegável é que só se viabilizam os trabalhos da constituinte após o destencionamento nacional e a reinauguração de processos de participação social que permitissem agregar legitimidade ao próprio processo constitucional (TORELLY, 2012, posição 3179)

É importante destacar que a transição política brasileira que iniciou em 1974 e se estendeu ao longo de 14 anos não foi um processo linear de avanços constantes no caminho para o fim da ditadura. Carlos Arthur Gallo, em sua tese de doutorado, aponta que houve recuos, como a restrição da propaganda eleitoral nas campanhas municipais de 1976 - em que se passou a permitir somente a divulgação da foto, nome e número dos candidatos - e a aprovação do Pacote de Abril em 1977 pelo então presidente Ernesto Geisel, que além de fechar o Congresso Nacional “inseriu os chamados senadores biônicos” que mais tarde influenciariam no resultado da

⁵² A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e, em síntese, arguia: “1) que a Lei de Anistia brasileira, quando redigida, fora elaborada com redação obscura, de modo que, valendo-se de uma interpretação abrangente a respeito do disposto no § 1º do art. 1º da Lei, teriam sido abrangidos pela regra tanto aqueles que eram considerados opositores do regime civil-militar como aqueles que haviam cometido crimes em nome do Estado autoritário; 2) que, diante da controvérsia a respeito da abrangência da Lei, o STF devia avaliar o caso esclarecendo o alcance da regra, interpretando-a de acordo com preceitos e princípios fundamentais previstos na Constituição Federal” (GALLO, 2016, p. 49). “Como resultado da votação realizada no STF em 2010, a ADPF nº 153 foi julgada improcedente pela maioria dos votantes: 7 Ministros votaram contra o pedido de esclarecimento apresentado pelo Conselho Federal da OAB, enquanto outros 2 Ministros votaram pela parcial procedência da causa.” (GALLO, 2016, p. 66). Destaca-se que a decisão prolatada na ADPF 153 ainda não transitou em julgado, visto que há embargos de declaração com efeitos infringentes pendentes de julgamento.

votação da lei da anistia, por exemplo (GALLO, 2016). Além disso, as próprias forças armadas não tinham internamente coesão quanto à liberalização do regime.

A transição política no Brasil foi controlada pela ditadura, conforme já mencionado. A distensão iniciada no governo Geisel tinha como propósito “assegurar um afrouxamento da tensão sociopolítica” na busca de um novo mecanismo de legitimação e apoio político e social do Estado de Segurança Nacional diante da crise na área da economia com o fim do milagre econômico que até então legitimou o governo (MOREIRA ALVES, 1987, p. 185). A distensão não se deu com a intenção de colocar um fim naquele momento à ditadura, e sim, como uma forma de legitimar a sua manutenção, o que estava estampado no slogan “continuidade sem imobilidade”, como bem explica Maria Helena Moreira Alves:

A “continuidade” traduzia-se numa política de fiel obediência às linhas mestras do modelo econômico de desenvolvimento já estabelecido e aos preceitos teóricos da Doutrina de Segurança Nacional. Desse modo, a “continuidade” preservava os principais aspectos do modelo e a engrenagem do aparato repressivo. “Sem imobilidade” encarnava-se no plano governamental de reformas que pretendia constituir um passo adiante na liberalização progressiva para um retorno à democracia. A distensão da sociedade seria obtida em estágios bem planejados: haveria, em primeiro lugar, a suspensão parcial da censura prévia, seguida de negociações com a oposição para estabelecimento dos parâmetros de tratamento dos direitos humanos. Posteriormente, seriam promovidas reformas eleitorais, para elevar o nível de representação política. Em seguida, as medidas mais explicitamente coercitivas, inclusive o Ato Institucional Nº 5, seriam revogadas, incorporando-se outros mecanismos de controle à Constituição. A meta global da política de “distensão” era concluir a institucionalização do Estado de Segurança Nacional e criar uma representação política mais flexível, de modo a baixar os níveis de dissensão e tensão que haviam tornado muito fortes as “pressões”. O resultado final do sistema político a ser desenvolvido constituiria o que o Presidente Geisel chamou de “democracia relativa” ou “democracia forte”. Neste modelo de democracia relativa, o Estado disporia, pela Constituição, de salvaguardas e poderes repressivos de emergência para suspender os direitos individuais e governar por decreto sempre que se manifestasse ameaça direta da contestação organizada. As instituições políticas de representação, entretanto, seriam dotadas de suficiente flexibilidade para permitir uma participação limitada no processo decisório (MOREIRA ALVES, 1989, p. 186).

Desde o início da ditadura existiram movimentos contrários ao regime, contudo a força que esses movimentos tinham não foi, desde logo, suficiente para derrubá-la. A década de 1970 foi um período de “acumulação de forças contra o regime militar” por parte dos movimentos que combatiam a ditadura, no que foi o início da primeira fase da transição brasileira (TORELLY, 2012, posição 3152). Em 1974, o MDB, partido de oposição à ditadura, logrou êxito nas eleições para o

legislativo, tendo superado a ARENA, partido do governo, em 4 milhões de votos só no Senado. É nesse contexto que temos um dos retrocessos apontados na transição com a restrição da propaganda eleitoral para as eleições municipais de 1976 por meio do Decreto Lei nº 6.639/76 como uma resposta do governo ao avanço da oposição nas urnas (MACHADO, 2020, p. 232). Conhecido como Lei Falcão, o Decreto Lei nº 6.639/76 limitava a propaganda eleitoral na televisão e no rádio ao nome, número, fotografia e currículo dos candidatos. As ideias e as propostas dos candidatos não podiam ser veiculadas no rádio e na televisão, e, na prática, isso significava um impedimento às críticas que a oposição fazia ao governo da ditadura (MOREIRA ALVES, 1989, p.190).

Conforme já mencionado, o uso de eleições como mecanismo transicional, além de possibilitar uma disputa eleitoral menos desequilibrada, traz como resultado também a reorganização da sociedade civil em torno de pautas democráticas. Essa acumulação de forças contra a ditadura resultou na criação dos Comitês Brasileiros pela Anistia em 1975 e do Manifesto da Mulher Brasileira pelo Movimento Feminino pela Anistia (MACHADO, 2016, p. 75). Somados a estes movimentos, organizações sindicais e de estudantes também reivindicavam a anistia. Além disso a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) foram instituições que realizaram oposição organizada contra a ditadura e tiveram papel no movimento pela anistia no Brasil:

Em 1973, a oposição estava de modo geral, desmobilizada e fraca. No período de 1974-1979, a situação em parte inverteu-se, embora permanecesse contraditória e incerta. Amplos setores de elite passaram à oposição, emprenhando-se em táticas de pressão para obrigar o Estado à liberalização. Apesar do medo de novas ondas de repressão, especialmente em São Paulo, as classes médias e superiores predominavam na organização e fortalecimento da sociedade civil e nas negociações com o Estado pela adoção de medidas concretas no processo de liberalização. Além disso, a oposição organizou-se vertiginosamente, valendo-se das estruturas associativas e corporativas existentes. A OAB e a ABI desempenharam papel decisivo na expressão das opiniões de setores-chave das elites e no provimento de um quadro institucional para maior organização. Pelas atividades de sua alta hierarquia e através da CNBB, a Igreja Católica tornou-se parte ativa da sociedade civil, também pressionando o Estado por maior liberalização (MOREIRA ALVES, 1989, p. 219-220).

A anistia que o povo – mobilizado por meio dos movimentos sociais, sindicais, estudantis, religiosos e de entidades de classe – reivindicava era “ampla, geral e

irrestrita”. Nos termos da Carta de Salvador, documento elaborado no Encontro Nacional de Movimentos Pela Anistia⁵³, em 9 de setembro de 1978, a anistia pela qual lutavam deveria ser “AMPLA – para todos os atos de manifestação de oposição ao regime; GERAL – para todas as vítimas dos atos de exceção e IRRESTRITA – sem discriminações e exceções” (CARTA DE SALVADOR, 1987). O posicionamento dos movimentos era contrário às propostas de anistias parciais que excluíssem aqueles que participaram das lutas armadas. Também reivindicavam “fim do aparelho repressivo oficial ou autônomo, que desrespeita cotidianamente os direitos humanos e até a própria legislação em vigor” como única forma de garantir a efetivação da anistia (CARTA DE SALVADOR, 1987).

No entanto, a Lei de Anistia aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada em 28 de agosto de 1979 não abarcou a proposta da oposição. O projeto da Lei de Anistia foi encaminhado para o Congresso Nacional em 26 de junho de 1979, o projeto era do governo da ditadura e sua tramitação durou dois meses. A oposição (MDB) apresentou um projeto substitutivo que não foi aprovado e, por uma margem de 5 votos, não foi aprovada também a emenda Djalma Marinho que previa a anistia a todos os perseguidos políticos. Ao todo foram apresentadas 305 emendas ao projeto de Lei de Anistia, das quais 283 foram rejeitadas, uma foi integralmente aceita e 67 parcialmente aceitas (TORELLY, 2012, posição 3375).

O texto final da Lei nº 6.683/79 passou longe de conceder uma anistia “ampla, geral e irrestrita”. A anistia naquele momento foi limitada: o §2º do artigo 1ª excluía da anistia “os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”, ao passo que o §1ª do mesmo artigo ao dispor sobre os crimes conexos aos crimes políticos “os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política” permitia, na prática, anistiar os agentes da ditadura que cometeram torturas e homicídios (TORELLY, 2012). Maria Helena Moreira Alves sintetiza as vitórias da ditadura na aprovação da Lei da Anistia:

⁵³ A Carta de Salvador foi assinada pelos seguintes movimentos: Comitê Brasileiro Pela Anistia – RJ, Comitê Brasileiro Pela Anistia – SP, Comitê Brasileiro Pela Anistia – BA, Comitê Norterriograndense Pela Anistia, Comitê Goiano Pela Anistia, Comitê Londrinense Pela Anistia E Direitos Humanos – Seção CBA, Comitê Paraense Pela Anistia Da Sociedade De Defesa Dos Direitos Humanos (PA) Comitê De Defesa Dos Direitos Humanos De Feira De Santana – BA, Movimento Feminino Pela Anistia – SP, Movimento Feminino Pela Anistia – BA, Movimento Feminino Pela Anistia – MG, Movimento Feminino Pela Anistia – CE, Movimento Feminino Pela Anistia – PB, Movimento Feminino Pela Anistia – RS, Movimento Feminino Pela Anistia – SE, Movimento Feminino Pela Anistia – PE, E Movimento Matogrossense Pela Anistia E Direitos Humanos.

A Lei de Anistia promulgada em 1979 resultou de intensas negociações com a oposição. Chegou-se a um evidente acordo entre as pressões oposicionistas e as preferências dos setores militares de linha-dura. Por um lado, a lei não concedia anistia aos que se haviam envolvido na luta armada e era acusado do que o governo definia como “crimes de sangue”. Tampouco se dava liberdade imediata aos presos políticos condenados segundo a Lei de Segurança Nacional por tentar reorganizar um partido ilegal. Os integrantes das Forças Armadas expurgados por motivos políticos não poderiam reassumir suas funções, mas passariam a perceber pagamento integral por aposentadoria, no lugar das pensões parciais. Servidores públicos, diplomatas, professores universitários e membros do Judiciário poderiam retomar suas funções, dependendo de decisão de uma comissão especial de inquérito. Mais grave, porém, era conter a lei um perdão incondicional aos integrantes do Aparato Repressivo que estiveram envolvidos com a tortura. O dispositivo era uma evidente vitória dos setores de linha-dura, e eliminava a possibilidade de denúncia criminal contra os acusados da prática de tortura (MOREIRA ALVES, 1989, p. 268).

Ao olhar para esse resultado é preciso considerar a desigualdade em que a oposição que defendia a anistia “ampla, geral e irrestrita” e os parlamentares alinhados com a ditadura se encontravam na Câmara e no Senado. O Congresso que votou a Lei de Anistia foi aquele eleito nas eleições de 1978 após a criação da figura dos Senadores Biônicos pelo “Pacote de Abril” (Emendas Constitucionais nº 7 e 8), que, eleitos indiretamente, ampliaram a base do governo no Senado o que, influenciou o resultado da votação da Lei de Anistia (MACHADO, 2020; TORELLY, 2012).

A falta de linearidade na transição brasileira não se deu somente na adoção de medidas legais que evidenciavam a preocupação da ditadura em evitar derrotas nas urnas ou mesmo dentro do Congresso Nacional. A prática de violência pelo Estado continuou ocorrendo, e, para tentar evitar a oficialização dos números, a ocultação das prisões e mortes resultou em um aumento vertiginoso dos desaparecimentos⁵⁴. Conforme afirma Maria Helena Moreira Alves, havia uma contradição entre a liberalização teórica e a repressão política que ainda existia na prática, fazendo com que “à medida que se fortalecia o movimento de defesa dos direitos humanos, aumentavam no Estado de Segurança Nacional as pressões e contradições internas com respeito às políticas de repressão” (MOREIRA ALVES, 1989, p. 200).

⁵⁴ Na década de 1960 foram registrados 3 casos de desaparecimento, enquanto que na década de 70 foram registrados 123 desaparecimentos (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 2014, *apud*, MACHADO, p. 230).

Quando se fala da transição brasileira como uma transição pactuada em contraposição à transição por ruptura da Argentina, é sempre considerando que essa negociação do governo com a oposição não ocorreu em igualdade de forças. A aprovação da Lei de Anistia, ainda que sem contemplar todas as reivindicações dos movimentos pela anistia, foi um marco na transição para a democracia do Brasil, conforme Patrícia Machado:

A Lei da Anistia, contudo, mesmo que restrita, constitui o marco fundador do processo de redemocratização. Independentemente de suas limitações e contradições, ela possibilitou o retorno de milhares de exilados, permitiu a legalização dos clandestinos e a saída da prisão de muitos que viviam em condições precárias e muitas vezes subumanas. Portanto, a Lei da Anistia deve ser contextualizada no seu tempo, pois foi motivo de avanços significativos, inclusive para boa parte da oposição (MACHADO, 2015, p. 78).

Para Marcelo Torelly a aprovação da Lei da Anistia constituiu um paradoxo – o paradoxo da vitória de todos – por ser comemorada como uma vitória pela sociedade, ainda sem ser a lei que era desejada, por trazer o perdão e também a impunidade no mesmo texto. Também atribui à Lei da Anistia mais um resultado: a imposição do esquecimento da violência praticada pelo Estado no período da ditadura (TORELLY, 2012, posição 3404). Nesse sentido o autor classifica a anistia brasileira como um mecanismo transicional puro que não se preocupou com a Justiça de Transição⁵⁵.

O processo de transição política para a democracia no caso brasileiro é marcado pelas alterações legislativas, com a promulgação da Lei de Anistia, com a revogação do Ato Institucional, nº5, com a regulamentação e realização de eleições, com o chamamento da constituinte e, enfim, com a promulgação de uma nova

⁵⁵ O conceito de Justiça de Transição é extremamente relevante quando se fala de transição para a democracia e principalmente em reparação, memória e verdade. Esta pesquisa não ignora a importância do tema, no entanto, em razão da limitação do objeto de pesquisa a justiça de transição não será aprofundada. Neste sentido, adota-se o conceito de justiça de transição de Marcelo Torelly, para quem “Denominou - se de “ Justiça de Transição ” uma série de iniciativas empreendidas por via dos planos internacional , regional ou interno , nos países em processos de liberalização ou democratização , englobando suas políticas públicas , suas reformas legislativas e o funcionamento de seu sistema de justiça , para garantir que a mudança política seja bem - sucedida e que , ao final dela , exista não apenas uma democracia eleitoral (caracterizada por eleições procedimentalmente equitativas), mas, sim, um Estado de Direito na acepção substancial do tema (TORELLY, 2012, posição 654). A Justiça de transição diferencia-se da transição para a democracia pois aquela se dá no momento da “substancialização do processo democrático em um processo transicional”. A Justiça de Transição caracteriza-se pela vinculação aos direitos humanos, foco central nas vítimas e interdisciplinaridade do campo de estudo (TORELLY, 2012, posição 2813).

Constituição em 1988. No entanto, por ser uma transição longa e controlada pela ditadura, não ocorreram mudanças no âmbito institucional para remover das instituições aqueles que defenderam e atuaram favoravelmente à ditadura.

De fato, houve reformas nas instituições que mantinham o regime, como por exemplo, a criação do Ministério da Defesa e a subordinação dos militares ao poder civil. As instituições mudaram, no entanto aqueles que integravam as instituições, lá permaneceram. A transição brasileira não utilizou do *vetting* como procedimento para vetar pessoas e expurgar as instituições. Para Torelly, isso se deve ao fato de a transição brasileira ter criminalizado as ações do Estado e não as ações das pessoas que agiam em nome daquele Estado ditatorial (TORELLY, 2012, posição 8962). Como será visto no ponto 2.3 uma das manutenções mais significativas foi a dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nomeados pelo regime militar, em evidente oposição ao expurgo do Poder Judiciário que ocorreu na transição da Argentina.

A forma como se deu a transição política no caso brasileiro influenciou, por exemplo, no como e no quando a Justiça de Transição foi realizada no país (TORELLY, 2012), na forma como a Lei de Anistia foi julgada constitucional pelo STF (GALLO, 2016) e também na postura do poder judiciário frente aos crimes praticados pela ditadura (MACHADO, 2015 e 2020). É evidente, portanto, que o autoritarismo da ditadura militar e a transição brasileira são acontecimentos do passado que permanecem no presente.

A história é sim lição “para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça”, mas também segue gerando efeitos, ademais, como afirmar Abrams, o passado é “a única matéria-prima a partir da qual o presente pode ser construído” (1982, p.8). É por isso que consideramos o autoritarismo e a construção da ordem democrática como um processo estruturante da sociedade e de suas relações e no qual o passado deixa marcas no presente.

As transições políticas para a democracia na América Latina são um “aspecto formativo das democracias atuais” (ANSALDI; GIORDANO, 2012, p. 505) ⁵⁶ e considerando a relação de interdependência entre democracia e direitos humanos (MARIELA, 2015) as decisões políticas tomadas na transição estão presentes em como hoje o direito internacional dos direitos humanos são integrados à ordem

⁵⁶ Tradução livre. No original: “aspecto formativo de las democracias actuales” e “no debe perderse de vista la visión de conjunto, histórica y de larga duración.”

interna brasileira. A análise do material empírico a seguir contribuirá para visualizar as soluções jurídicas disponíveis naquele momento e as razões da escolha dos constituintes pela integração como posta na Constituição de 1988.

3.2. Debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e da Emenda Constitucional 45/2004⁵⁷.

3.2.1. Análise dos debates sobre a internalização do direito internacional dos direitos humanos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987:

Para a seleção do material empírico a ser analisado nesta seção, foi realizada consulta na Base de Dados da Assembleia Nacional Constituinte mantida pelo Senado Federal e disponível para acesso aberto e online⁵⁸ e no Portal da Constituição Cidadã mantido pela Câmara dos Deputados, também disponível para acesso aberto e online⁵⁹. Foram selecionados os arquivos dos anais de reuniões das Comissões e Subcomissões que trataram da internalização do direito internacional dos direitos humanos: a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, a Subcomissão da Nacionalidade da Soberania e das Relações Internacionais, e a Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. Também foi selecionado para análise os registros dos debates da Comissão de Sistematização e da Comissão de Redação.

Na leitura dos documentos se buscou identificar o debate acerca da forma de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos à ordem constitucional brasileira por meio da Constituição de 1988 que naquele momento estava sendo elaborada. Apesar da realização de audiências públicas com a participação de juristas versados no tema do direito internacional dos direitos humanos, não houve por parte dos constituintes um debate profundo sobre o tema.

⁵⁷ Na citação de excertos dos debates foi mantida a redação original dos anais, de forma que esses trechos podem conter erros de digitação, ortografia e também palavras escritas de acordo com as regras de ortografia vigente na época.

⁵⁸ A base de dados da Assembleia Nacional Constituinte mantida pelo Senado Federal está disponível no seguinte link: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp

⁵⁹ O Portal da Constituição Cidadã mantido pela Câmara dos Deputados está disponível no seguinte link: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada

Neste ponto, apresenta-se os principais assuntos levantados nos debates, acompanhados de trechos de falas que ilustram o que os constituintes e os especialistas que foram ouvidos naquela ocasião pensavam sobre o tema dos tratados internacionais na nova Constituição.

No Anteprojeto Constitucional elaborado pela Comissão presidida por Afonso Arinos o artigo 7º no Capítulo I sobre Princípios Fundamentais e o artigo 12 no Capítulo II sobre Direitos e Garantias abordavam o tema:

Art. 7º – Os pactos, tratados e acordos internacionais dependem da ratificação do Congresso.

Parágrafo único – O conteúdo dos compromissos de quem trata este artigo incorpora-se à ordem interna quando se tratar de disposições normativas, salvo emenda constitucional, se for o caso.

(...)

Art. 12 – A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ou das declarações internacionais de que o País seja signatário. (BRASIL, 1986)

Havia assim, já no Anteprojeto Constitucional uma cláusula de materialidade aberta no artigo 12 ao dispor que os direitos e garantias elencados na Constituição não excluem direitos e garantias das “declarações internacionais de que o País seja signatário” (sic), semelhante ao que dispõe o atual §2º do artigo 5º da Constituição de 1988. Já o artigo 7º do anteprojeto trazia a necessidade de ratificação dos tratados internacionais e a incorporação do conteúdo dos tratados à ordem interna quando se tratassem de disposições normativas. O artigo 7º não especificava com qual hierarquia o conteúdo dos tratados internacionais seriam incorporados à ordem interna, no entanto excetuava a emenda constitucional ao dispor “salvo emenda constitucional”, o que permite concluir que não havia a intenção de internalizar a normativa internacional com status constitucional.

O primeiro debate no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987 se deu nas Subcomissões Temáticas (Fase A até Fase C)⁶⁰, e o resultado

⁶⁰ O processo da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 foi organizado em Fases nomeadas cada qual com uma letra do alfabeto. Optou-se por considerar na pesquisa as quatro maiores divisões entre Subcomissões, Comissões Temáticas, Comissão de Sistematização e Comissão de Redação ao mencionar as etapas do processo constituinte. No entanto não se ignora a organização em fases, que segue detalhada na sequência. Nas Subcomissões Temáticas foram realizadas as Fases A, B e C. A Fase A é referente ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão, a Fase B é referente às emendas ao Anteprojeto do Relator e a Fase C é referente ao Anteprojeto da Comissão. As Comissões Temáticas abrangeram da Fase E até a Fase H. Sendo a Fase E a de Emendas ao Anteprojeto da Subcomissão na Comissão; a Fase F a apresentação do Substitutivo do Relator; a Fase G a apresentação de emendas ao Substitutivo do Relator e a Fase H o Anteprojeto da Comissão. A etapa

desse debate resultou em um Anteprojeto de Constituição para cada Subcomissão no seu tema. Na Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, foi realizada uma Audiência Pública para tratar do tema dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno. Antônio Augusto Cançado Trindade foi convidado para falar sobre o tema na 5ª Reunião de Audiência Pública realizada no dia 29 de abril de 1987.

Na audiência pública as falas do convidado Antônio Augusto Cançado Trindade e dos constituintes integrantes da Subcomissão que se manifestaram demonstraram uma preocupação com a compatibilização do direito internacional com o direito interno. A importância da interação dos instrumentos internacionais e nacionais no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais também foi um tema que apareceu no debate. Como nos seguintes trechos da fala do professor Cançado Trindade:

ANTÔNIO CANÇADO TRINDADE: (...) para não me alongar, gostaria de deter-me em dois pontos adicionais: um deles já mencionei **in fassim**. Que é a questão da compatibilização dos tratados internacionais sobre direitos e garantias individuais com o direito interno dos Estados. Essa compatibilização se dá de diversas formas, uma delas é a salvaguarda dos preceitos constitucionais e das leis internas.

Os tratados humanitários são unânimes em determinar que os Estados-partes se comprometem a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e as disposições dos tratados em questão, as medidas legislativas, ou de outra natureza, que se fizerem necessárias para tornarem efetivos tais direitos e liberdades. É desejável que a harmonização das legislações do Direito Interno se dê antes da ratificação desses tratados, mas se não for possível, os próprios tratados prevêm a possibilidade dessa harmonização **a posteriori**.

(...)

Seria de todo indicado, para concluir, recordando uma vez mais a compatibilização entre esses tratados e o Direito Interno, que **a nova Constituição explicitasse, dentre os princípios que regem a conduta do Brasil no plano nacional e internacional, promoção e a proteção dos direitos humanos, entendidos estes como abrangendo, tanto os consagrados na própria Constituição, ou os decorrentes do regime democrático, que ela estabelece, quanto os consagrados nos tratados humanitários de que o Brasil é parte e nas declarações internacionais**

da Comissão de Sistematização abrangeu da Fase I até a Fase V. A Fase I é referente ao Anteprojeto de Constituição da Comissão de Sistematização; as Fases J e K para as Emendas de Mérito e de Adequação ao Anteprojeto; a Fase L referente ao Projeto de Constituição; a Fase M para emendas de Plenário e Emendas Populares; a Fase N para o Primeiro Substitutivo do Relator; a Fase O para emendas ao primeiro Substitutivo do Relator; A Fase P para o Segundo Substitutivo do Relator; a Fase Q para o Projeto A, no início do 1º turno de votação; a Fase S para emendas de Plenário; a Fase T referente ao Projeto B – fim do 1º turno, início do 2º turno; a Fase U de emendas ao Projeto B; e a Fase V referente ao Projeto C, no fim do 2º turno; Já na Comissão de Redação ocorreram as Fases W e X, referente a propostas exclusivamente de redação e à reação final (projeto D), respectivamente.

sobre a matéria de que o Brasil é signatário. (grifei) (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a p. 96-97)

A democracia interna do país foi elencada pelo professor Cançado Trindade como uma das vantagens da adesão do Brasil a instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos: “Contribuiria. Ademais, para a projeção da conquista interna da democracia no País ao plano internacional e para cristalizar a imagem do País como garantidor dos direitos humanos”. Outra vantagem apontada foi o fato de que, com o compromisso de garantir internamente os direitos e garantias individuais previstos em tratados internacionais a proteção a esses direitos “não se esgota na atuação do Estado”, de forma que o cidadão poderia buscar a proteção internacional quando os mecanismos internos falharem (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 96). A questão do retorno para a democracia também aparece quando Cançado Trindade menciona que os Estados que se tornaram democráticos devem encarar com maturidade o tratamento das questões de direitos e garantias fundamentais no nível internacional, mesmo quando as decisões de órgãos internacionais lhes digam respeito (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 101).

Outro ponto objeto do debate foi quanto à soberania do Estado quando da sua adesão aos tratados internacionais. É no ponto da soberania estatal que o debate sobre o status constitucional dos tratados internacionais no direito brasileiro encontra óbice ainda hoje. Na ocasião da Constituinte de 1987 a questão da soberania foi considerada apenas quanto a adesão aos tratados e não considerou a hierarquia da internalização, ainda assim as palavras do professor Cançado Trindade seguem atuais:

ANTÔNIO CANÇADO TRINDADE: (...) Quando o Estado, no exercício pleno de sua soberania, decide aderir a esses tratados, ele está aceitando, por vontade livre e soberana, um elenco de garantias adicionais de proteção dos direitos individuais no plano internacional.

(...)

A questão da soberania coloca-se no momento em que um Estado assume a decisão política de aderir a esses tratados. Feito isso, a questão da soberania não pode ser invocada como elemento de interpretação dos tratados. A soberania não tem qualquer papel a exercer na interpretação dos tratados, inclusive porque isso pode conduzir à necessidade de se invocar a responsabilidade internacional do Estado. A meu ver não há argumentos verdadeiramente jurídicos que possam justificar a não adesão dos Estados aos tratados humanitários. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987^a, pp. 95-96).

Ainda que sem muito debate, o Constituinte Costa Ferreira sugeriu que a nova Constituição estabelecesse que o Brasil fosse automaticamente signatário dos tratados internacionais que beneficiassem o indivíduo: “colocássemos na Constituição um dispositivo dizendo que o Brasil, com relação a esses tratados internacionais que beneficiam o indivíduo, seria, automaticamente, seu signatário” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p.99). Na resposta de Cançado Trindade para essa proposição se tem uma preocupação em demonstrar que o mais importante é estabelecer a impossibilidade de um governo denunciar os tratados internacionais de direitos humanos de que já é parte. Havia também uma preocupação de que a redação do artigo sobre direitos e garantias fundamentais inserisse os tratados internacionais dos quais o país é signatário para que os efeitos do dispositivo sejam mandatórios, de forma que o “Governo brasileiro estará obrigado a respeitar, nos planos nacional e internacional, os direitos e garantias individuais” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 99).

Destaca-se que o termo direito internacional dos direitos humanos e o termo tratados internacionais sobre direitos humanos não foram as expressões usadas pelos constituintes e nem pelo professor Cançado Trindade. No entanto, da leitura da transcrição da sessão, percebe-se que em muitos momentos eram sobre estes tratados que estavam fazendo referência, mediante a utilização de termos como “tratados internacionais que beneficiam o indivíduo”, ou “tratados humanitários”⁶¹.

No texto final do Anteprojeto da Subcomissão de Direitos Políticos e Garantias Individuais (Fase C), a cláusula de materialidade aberta foi mantida, inserida no §32 do artigo não numerado que elencava os direitos e garantias fundamentais. O §32 também fazia referência expressa à não exclusão dos direitos e garantias dos tratados internacionais de que o país é signatário, sem especificar, no entanto os tratados internacionais sobre direitos humanos.

Art (...) São direitos e garantias individuais:

(...)

§ 32. Os direitos e garantias definidos nesta Constituição não excluem outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela

⁶¹ Não se ignora que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário constituem áreas diferentes do direito internacional. No entanto, no contexto da constituinte é possível concluir que o termo “tratados humanitários” utilizado pelo professor Cançado Trindade faz referência aos tratados sobre Direito Internacional dos direitos humanos, já que não se está em um contexto sobre proteção de vulneráveis em situação de guerra ou conflitos armados.

adota, ou das declarações e dos tratados internacionais de que o País seja signatário. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987d, p.14)

A Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais realizou audiência pública com o tema “Normas de Relações Internacionais no Texto Constitucional” em que convidou o professor Celso de Albuquerque Mello e o professor Vicente Marotta Rangel para discorrerem sobre o assunto. A 2º Reunião de Audiência Pública ocorreu em 28 de abril de 1987.

O debate nesta subcomissão tinha um enfoque nas relações internacionais do Brasil em geral, de forma que no Anteprojeto da Subcomissão a internalização do direito internacional pelo ordenamento jurídico interno estava localizada no Título III – Das Relações Internacionais. Dos sete artigos do Título III, dois importam para o tema da pesquisa: o artigo 21 que menciona a promoção dos direitos humanos no âmbito internacional e o artigo 22 que determina que o direito internacional faz parte do direito interno:

Art. 21 Na convivência com Estados estrangeiros e participando de organismos multilaterais, o Brasil favorecerá a obras de codificação progressiva do direito internacional, os movimentos de promoção dos direitos humanos e a instauração de uma ordem econômica justa e equitativa.

Art. 22 O Direito Internacional faz parte do Direito Interno. O tratado revoga a lei e não é por ela revogado. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 121)

Nota-se que o artigo 22 não faz menção aos tratados internacionais de direitos humanos além de não trazer explicitamente a hierarquia do direito internacional no ordenamento jurídico interno. No entanto, da segunda parte que dispõe que “o tratado revoga a lei e não é por ela revogado”, é possível inferir que o status do tratado internacional se localizaria acima do status de lei ordinária. Essa questão foi pauta na Audiência Pública quando se debateu sobre o que fazer em um eventual conflito entre o direito internacional e o direito interno:

CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO Observo ainda que, no tocante ao conflito entre Direito Internacional e Direito Interno, há uma grande curiosidade. Desde a Constituição americana, praticamente todas as constituições contêm um dispositivo estabelecendo como se regulamenta o conflito entre lei e tratado. Nenhuma das Constituições brasileiras, porém, tratou deste tema. Nesse ponto elas foram inteiramente omissas. A própria jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, ao tempo de Filadelfo de Azevedo. Ministro daquela Corte – depois Juiz da Corte internacional de Justiça –, propunha o primado do tratado. E há acórdãos do Supremo

entendendo que o tratado revoga a lei, mas a lei não revoga o tratado. A mesma orientação está na atual Constituição francesa.

A minha proposição, nesse ponto, e a seguinte: o Direito interno faz parte do Direito Internacional – princípio da Constituição norte-americana. E, depois, um acréscimo: o tratado revoga a lei, mas não é revogado por ela. Por quê? Respondo: no tratado o Brasil dá o seu consentimento de modo expresso. Em consequência acho que se pode dar maior primado a ele (...) proponho que o Direito Internacional faça parte do Direito interno. Será uma fórmula conciliatória entre o sistema norte-americano e o francês. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p.21).

Neste Anteprojeto também estava presente uma preocupação com o procedimento de internalização dos tratados internacionais “sobre direitos do homem, direito humanitário e as convenções internacionais do trabalho” especificamente, bem como sobre a possibilidade e o procedimento para a denúncia desses tratados. O artigo 27, localizado no Capítulo II – Das Atribuições do Presidente da República, dispunha:

Art. 27. Os tratados e convenções sobre direitos do homem, direito humanitário e as convenções internacionais de trabalho serão submetidos pelo Presidente da República ao Congresso Nacional no prazo máximo de três meses de sua conclusão e, se aprovados pelo Poder Legislativo, serão obrigatoriamente ratificados pelo Presidente da República no prazo máximo de nove meses.

Parágrafo único. Os Tratados e convenções mencionados no caput deste artigo não poderão ser denunciados sem aprovação prévia do Congresso Nacional. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 121).

A determinação de submissão dos “tratados e convenções sobre direitos do homem, direito humanitário e as convenções internacionais do trabalho” ao Congresso Nacional pelo Presidente da República no prazo máximo de três meses, com determinação do prazo de nove meses para ratificação obrigatória, dialoga com um dos pontos trazidos no debate da Subcomissão acerca da existência de diversos tratados internacionais que o Brasil assinou, mas que na época ainda não haviam sido enviadas ao Poder Legislativo para concluir o procedimento de ratificação e internalização:

CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO: (...) O Brasil assinou convenções de direitos do homem há cerca de vinte anos. Nenhuma delas ainda foi enviada ao Legislativo para aprovação. Outro exemplo: a Convenção de Direito Humanitário, de 1977 – de que participou o Professor Motta Rangel de um modo brilhante – também não foi enviada ao Legislativo. Dirão alguns: mas isto é da competência do Executivo. Realmente é. Mas eu pergunto: Não seria válido que as convenções de direitos do homem – apenas as de direitos do homem, direito humanitário, e convenções internacionais de trabalho – fossem enviadas obrigatoriamente ao Legislativo? E se o Legislativo as aprovasse, haveria obrigatoriedade de ratificação por parte do Executivo. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p.20).

A determinação do parágrafo único do artigo 27 do anteprojeto também aponta para essa preocupação com manter o compromisso assumido no âmbito internacional, especificamente nas matérias elencadas no caput, ao determinar a necessidade de aprovação do Congresso Nacional para que estes tratados pudessem ser denunciados. Não havia previsão semelhante na Constituição anterior, e esta também foi uma proposta do convidado Celso de Albuquerque Mello que foi acolhida pelos constituintes integrantes da Subcomissão: “Aqui haveria outra proposta: de que não se pudesse denunciar estes tratados sem aprovação do Legislativo” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 21).

Foi inserido também o artigo 29 que determinava a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de um tratado, o qual teria a execução suspensa com posterior denúncia: “Art. 29. O Tratado declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal terá a sua execução suspensa pelo Senado Federal e será denunciado pelo Presidente da República’. A apreciação de constitucionalidade do tratado foi apontada como tema delicado nos debates:

CELSON DE ALBUQUERQUE MELLO: (...) Lembro como curiosidade – porque acho que no Brasil hoje ainda não seja possível – que a Constituição da Holanda determina: “um tratado aprovado por três quartos do Parlamento dos Estados Gerais revoga a Constituição”. Portanto um dos meios de se emendar a Constituição, na Holanda, através de tratado. Acho que no Brasil isso ainda não é possível. Parece-me que ainda vamos manter a idéia de apreciação da constitucionalidade do tratado, tese adotada em alguns países, como nos Estados Unidos. E sentimos, aqui, como o tema é delicado. A Suprema Corte norte-americana diz: “Eu posso declarar um tratado inconstitucional”. O tratado tem efeito de lei. Na verdade, em duzentos anos a Suprema Corte nunca declarou um tratado inconstitucional. Por quê? Porque criaria problemas internacionais para o Estado. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p.23).

O debate sobre a soberania do Estado nas relações internacionais também foi pauta nesta Subcomissão. Para o convidado professor Vicente Marotta Rangel não há conflito entre o conceito de soberania e interdependência e o sentido de um bem comum internacional é necessário e “é condição mesma para que o Estado se manifeste como soberano, porque se não houvesse este sentido de bem comum internacional, o próprio conceito de soberania estaria apoucado ou vulnerado os países estariam à mercê dos que fossem mais fortes” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 24).

De maneira semelhante ao que ocorreu nos debates da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, nos debates na Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais também não foram utilizadas as expressões “direito internacional dos direitos humanos” ou “tratado internacional sobre direitos humanos”. Tanto nas falas como na redação do Anteprojeto os termos utilizados foram “direitos do homem”, e “direito humanitário”. Isso não significa que os tratados internacionais sobre direitos humanos estavam fora do debate, apenas não foi utilizada a nomenclatura específica.

A segunda etapa do debate constituinte na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 aconteceu no âmbito das Comissões Temáticas, cada Subcomissão estava integrada a uma Comissão. A Comissão que integrava as Subcomissões aqui mencionadas foi a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Assim, coube à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher analisar os Anteprojeto escritos pela Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais e pela Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais.

O debate sobre a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos na Comissão teve ainda menos espaço que o debate realizado nas Subcomissões sobre o tema. Não foram realizadas audiências públicas sobre o tema, e o assunto foi pauta apenas quando os artigos dos Anteprojeto das Subcomissões estavam em votação.

No texto final do Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher os artigos sobre a internalização do direito internacional e a cláusula de materialidade aberta das Subcomissões tiveram sua redação alterada após o debate e as votações na Comissão. O §31 da Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias individuais passou a ser o caput do artigo 29 do Anteprojeto da Comissão, inserido no ‘Título III – Das Garantias Constitucionais’, com a seguinte redação:

Art. 29. Os direitos, liberdades e prerrogativas previstos nesta Constituição não excluem outros inerentes aos princípios fundamentais da nação, ou constantes de declarações internacionais assinadas pelo país. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987f, p.23).

Também foram acrescentados os parágrafos primeiro, segundo e terceiro, que traziam detalhamentos sobre a eficácia e aplicabilidade dos direitos e garantias

fundamentais, como a eficácia imediata e a possibilidade de recorrer ao judiciário quando ausente leis ou decretos necessários para a aplicação daquelas normas:

§1º - As normas que definem esses direitos, liberdades e prerrogativas têm eficácia imediata.

§2º - Na falta de leis, decretos ou atos complementares necessários à aplicação dessas normas, o juiz ou o Tribunal competente 'para o julgamento, suprirá a lacuna, à luz dos princípios fundamentais da Constituição e das Declarações Internacionais de Direitos de que o País seja signatário, recorrendo de ofício, sem efeito suspensivo, ao Tribunal de Garantia dos Direitos Constitucionais.

§3º - Os suprimentos normativos deduzidos em última instância, na forma do parágrafo anterior, terão vigência de lei até que o órgão competente os revogue por substituição. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987f, p.23).

Houve manifestação contrária ao artigo 22 do Anteprojeto da Comissão de Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais que dispunha que o direito internacional faz parte do direito interno por parte do constituinte Farabulini Júnior para quem o direito internacional integrar o direito interno não seria possível:

FARABULINI JÚNIOR: (...) no art. 22, S. Ex.^a deseja que o Direito Internacional faça parte do Direito interno. Ontem mesmo, a propósito da matéria, tive o cuidado de telefonar para São Paulo. Foram apenas 30 minutos, Sr. Presidente porque minha verba estava esgotada – V. Ex.^a sabe que nossa verba telefônica é muito pequena. Conversei, então, pelo telefone, com ilustres professores paulistas da área do Direito Internacional e das relações internacionais. Eles pertencem aos quadros da Universidade de São Paulo, da qual também faço parte. Li o texto e eles me disseram, estarecidos o seguinte: “Como, Sr. Constituinte, o Direito Internacional fazer parte do Direito interno? Não é possível aceitar isso!” O Direito Internacional é público e privativo. As regras do Direito Internacional Público já estão estabelecidas na consciência de todos os brasileiros. Há também as regras do Direito Internacional Privado. E, na verdade, todos nós, estudantes de Direito, ainda estamos na primeira fila para ouvir os grandes mestres dizerem aquilo que pensam. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987e p. 24).

Assim, o texto do Anteprojeto da Subcomissão da Nacionalidade, Soberania e das Relações Internacionais teve sua redação e numeração alterada no Anteprojeto da Comissão. O texto do artigo 21 e 22 passaram a ser inciso e parágrafo do artigo 27, respectivamente. No lugar da anterior disposição de que o direito internacional faz parte do direito interno, o Anteprojeto da Comissão redigiu de forma a dispor que o conteúdo normativo dos tratados internacionais se incorpora à ordem interna, e diferentemente da redação anterior determinou que a lei posterior e a Emenda Constitucional posterior revogam o tratado:

Art. 27 – Na ordem internacional o Brasil preconiza:

(...)

I – a codificação progressiva do Direito Internacional e a formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos com poder de decisão vinculatória.

II – a instauração de uma ordem econômica justa e equitativa, com a abolição de todas as formas de dominação de um Estado por outro

(...)

§2º O conteúdo normativo dos tratados e compromissos internacionais se incorpora à ordem interna, revoga a lei anterior e está sujeito à revogação por lei nova ou Emenda Constitucional. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987f, p.22)

A terceira etapa na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 ocorreu no âmbito da Comissão de Sistematização que recebeu os Anteprojetos das Comissões Temáticas e a partir destes anteprojetos foram realizadas reuniões em que os textos apresentados foram reunidos em um Anteprojeto de Constituição da Comissão de Sistematização (Fase I). Após a apresentação de emendas de Mérito e de Adequação ao Anteprojeto (Fases J e K) novo projeto de Constituição foi apresentado (Fase L). Sobre este novo projeto foram apresentadas emendas de plenário e emendas populares (Fase M). Após essas emendas foi apresentado o primeiro substitutivo do Relator (Fase N), que foi seguida de etapa de apresentação de emendas (Fase O) que formaram o segundo substitutivo do relator (Fase P). Com o início da votação em primeiro turno na Comissão de Sistematização (Fase Q) foi elaborado o Projeto A. Ao projeto A foram apresentadas emendas de Plenário, e no final do primeiro turno de votação e início do segundo turno estava redigido o Projeto B (Fase T), também seguido de emendas (Fase U). A Comissão de Sistematização concluiu seu trabalho com um Projeto de Constituição (Projeto C, Fase V) o qual foi enviado para a Comissão de Redação, na qual se deram as últimas etapas do processo Constituinte.

A explicação acerca das fases do processo constituinte na Comissão de Sistematização se faz necessária para compreender as etapas do interior desta, que foi a etapa mais extensa da Constituinte. Conforme será demonstrado na sequência, o andamento no âmbito da Comissão de Sistematização não alterou substancialmente a cláusula de materialidade aberta da Comissão de Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais, e ao final do procedimento na Comissão de Sistematização o artigo 27, §2º do Anteprojeto da Comissão de Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais, que determinava a incorporação do conteúdo

dos tratados internacionais à ordem interna podendo revogar lei anterior e ser revogado por lei posterior, foi retirado da Constituição.

Durante a tramitação na Comissão de Sistematização, foram apresentadas dezessete emendas ao que hoje é o texto do §2º do artigo 5º da Constituição. Destas, três emendas foram aprovadas e duas emendas foram parcialmente aprovadas, quatro emendas foram rejeitadas, uma emenda foi considerada prejudicada e seis emendas não tiveram parecer⁶². Não foi realizada audiência pública sobre o tema da internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos ou sobre a internalização dos tratados internacionais em geral, nem sobre o status desses tratados no direito interno.

O tema dos tratados internacionais apareceu no debate da Comissão de Sistematização em duas situações. A primeira, foi sobre a competência do Poder Legislativo para “resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República”⁶³, em que havia uma preocupação para que o Congresso Nacional exercesse esse controle sobre a celebração de tratados internacionais pelo Presidente. A segunda, em que o tema dos tratados internacionais surgiu foi como argumento para justificar a necessidade de garantias de uma série de direitos na Constituição. Ou seja, os Constituintes utilizaram como fundamento de seus discursos os tratados internacionais sobre direitos humanos para defender a inclusão do direito à moradia, do direito do consumidor, da proteção da criança e do adolescente e de questões trabalhistas como valor da hora-extra, por exemplo, considerando que estes eram compromissos internacionais assumidos pelo país⁶⁴.

No anteprojeto de Constituição da primeira fase da Comissão de Sistematização (Fase I) foram mantidos os artigos das Comissões Temáticas, que foram apenas reorganizados em um único documento. Assim, as disposições sobre o status do direito internacional no direito interno e a cláusula de materialidade

⁶² As emendas aprovadas foram: 16855 (emenda de plenário), 00041 (emenda de plenário) e 01618 (emenda ao projeto B). As emendas parcialmente aprovadas foram: 03176, 18694 (emendas de plenário). As emendas rejeitadas foram: 00814, 02973, 03558 (emendas de plenário), e 32070 (emenda ao primeiro Substitutivo do Relator). A emenda prejudicada foi a 15352 (emenda de plenário). As emendas sem parecer foram as emendas: 03017, 03367, 03426, 03762, 03765, 03824 (emendas de mérito e de adequação ao anteprojeto. BRASIL. Câmara dos Deputados, A construção do artigo 5º da Constituição de 1998 –Edições Câmara, Brasília, 2013. – (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/15176>. Acesso em 05 abr. 2022.

⁶³ Ver debate nas páginas 62, 333 e 340 dos Anais da Comissão de Sistematização.

⁶⁴ Ver debate nas páginas 358, 402, 532 e 1244 dos Anais da Comissão de Sistematização.

aberta constantes no Anteprojeto da Comissão de Nacionalidade Soberania e Relações Internacionais foram integralmente mantidas, apenas os artigos foram reenumerados – o artigo 29 foi reenumerado para 32 e o conteúdo do artigo 27, §2º passou a constar no §2º do artigo 12 (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987h).

No Projeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização na Fase L, a cláusula de materialidade foi mantida exatamente com a mesma redação da fase anterior, sendo apenas reenumerada do artigo 31 para o artigo 32. Da mesma forma o artigo 12, §2º, que determinava que o conteúdo normativo dos tratados se incorpora à ordem interna, teve sua redação mantida, no entanto, foi reenumerado para artigo 11 e foi retirado o §1º, de forma que a disposição que anteriormente estava no artigo 12, §2º passou a constar no artigo 11, parágrafo único:

Art. 31. Os direitos, liberdades e prerrogativas previstos nesta Constituição não excluem outros inerentes aos princípios fundamentais da nação, ou constantes de declarações internacionais assinadas pelo país. (Fase L – projeto de Constituição, página 11)

Art. 11 – Os tratados e compromissos internacionais dependem da aprovação do Congresso Nacional, excetuados os que visem simplesmente a executar, aperfeiçoar, interpretar ou prorrogar tratados pré-existentes e os de natureza meramente administrativa que serão levados, dentro de trinta dias, ao conhecimento do Congresso Nacional.

Parágrafo único – o conteúdo normativo dos tratados e compromissos internacionais se incorpora a ordem interna, revoga lei anterior e está sujeito à revogação por lei nova ou Emenda Constitucional (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987i, p. 06):

Já na Fase N referente ao Primeiro Substitutivo do Relator, após a Fase M de Emendas de Plenário e Populares, a redação desses artigos foi alterada e também suprimida. A cláusula de direitos inominados que constava no artigo 31 do projeto anterior, passou a constar no §57 do artigo 6º, inserida no Título II – Dos direitos e liberdades fundamentais, no Capítulo I – Dos Direitos Individuais., com a seguinte redação:

Art. 6º A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à integridade física e moral, à liberdade, à segurança e à propriedade.

(...)

§ 57. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ou das declarações internacionais de que o país seja signatário. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987l, p. 19).

Foi retirada a palavra “liberdades” e mantidos apenas “direitos e garantias” na primeira parte, bem como foi acrescido “do regime e dos princípios” onde antes constava apenas “dos princípios que ela adota”.

O conteúdo do artigo 11, parágrafo único do Projeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização foi suprimido por meio da Emenda de Plenário 1P14248-2 que teve parecer favorável do Relator. A Emenda de Plenário 1P14248-2 foi uma emenda supressiva proposta pelo Senador Marcondes Gadelha do PFL e tinha a seguinte redação: “Suprimam-se o art.10 e seus incisos e o art. 11 e seu parágrafo único” a justificativa foi “São suprimidos por redundantes e, paralelamente, por constituírem matéria de legislação complementar e/ou ordinária” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987j, p. 15). O parecer do Relator, Constituinte Bernardo Cabral, foi favorável para esta emenda supressiva: “Visa à supressão dos artigos 10 e 11 do Projeto de Constituição por considera-los redundantes e matéria de legislação ordinária. Por outros motivos, também optamos pela supressão pretendida” (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987k, p. 421).

A emenda supressiva não foi localizada nos anais da Comissão de Sistematização. Foram consultados os três volumes de arquivos de emendas de plenário e populares da Fase M da Constituinte e o documento em que constam todos os pareceres do Relator sobre as emendas oferecidas em Plenário ao Projeto de Constituição. Novamente se realizou pesquisa pelo número da Emenda, pelo nome do Senador autor da emenda e nenhum resultado foi encontrado sobre a votação desta emenda na Comissão de Sistematização. No entanto, é justamente após a Fase M, em que esta emenda foi proposta e teve parecer favorável do Relator, que o texto do caput do artigo 11 e seu parágrafo único deixaram de constar nos Projetos de Constituição que se seguiram.

Nesta fase também foi proposta Emenda de Plenário com nova redação ao Título do I Projeto de Constituição anterior e inseria no parágrafo único do artigo 3º da proposta que os tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional prevaleceriam sobre o direito interno – a Emenda nº IP-11026-2, de autoria do constituinte Aluizio Campos (PMDB). No entanto, também não determinava explicitamente o status do direito internacional internamente, apenas dispunha que

os tratados poderiam revogar ou suspender a eficácia das normas legais conflitantes:

Art. 3º As relações internacionais do Brasil fundamentam-se:

a) no respeito aos direitos humanos, à autodeterminação e cooperação dos povos, à igualdade dos Estados, à defesa da paz, à solução pacífica dos conflitos e nos demais procedimentos destinados a assegurar vida digna e convívio harmônico entre as Nações;

b) no repúdio e combate ao terrorismo, ao colonialismo e às ações discriminatórias.

Parágrafo único. Os acordos, convenções, tratados e demais atos internacionais, aprovados pelo Congresso Nacional, prevalecem sobre o direito interno, revogando ou suspendendo a eficácia das normas legais conflitantes. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987j, p. 898)

O parecer do Relator foi contrário à emenda e na votação que ocorreu na Comissão de Sistematização não ocorreu debate sobre o tema, apenas o autor da emenda fez constar que a redação consagrava o princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno:

O SR. CONSTITUINTE ALÚZIO CAMPOS: No art. 3º regulamos de maneira sucinta as relações internacionais, em cujo parágrafo único consagramos um princípio universal do Direito Internacional, o da prevalência das suas normas sobre o direito interno, quando o Brasil participa de entendimentos e homologa acordos plurilaterais. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987k p. 901)

O resultado da votação foi de 7 votos SIM, 82 votos NÃO e uma abstenção. Após o Projeto de Constituição do Primeiro Substitutivo do Relator foram apresentadas Emendas ao Substitutivo (Fase O) que o modificaram editando novo projeto de Constituição: o Segundo Substitutivo do Relator (Fase P). Nesta fase o artigo que determinava o status de lei ordinária para os tratados internacionais já havia sido suprimido e não foi novamente incluído. A cláusula de materialidade aberta se manteve, com o acréscimo ao final da frase do requisito de que os tratados tenham sido ratificados. Além disso, a disposição foi renumerada e passou a constar no §55 do artigo 5º:

Título II
DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS
CAPÍTULO I

DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

(...)

§ 55. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ou das convenções e atos internacionais de que o país seja signatário e tenham sido ratificados. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987m, p. 30).

No chamado Projeto A (Fase Q) da Comissão de Sistematização, a cláusula de materialidade aberta passou a se referir somente a atos internacionais no geral, e também foi renumerado para §59 do artigo 6º, permanecendo no Título e Capítulo anteriores:

Art. 6º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

(...)

§ 59. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos atos internacionais de que o país seja signatário. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987n, p.09)

Na redação da cláusula de materialidade aberta no Projeto B (Fase T), após o primeiro turno de votação no Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, houve uma modificação de “desta Constituição” para “deste artigo”. Ainda, foi renumerado constando no §2º do artigo 5º, que também ganhou nova redação do caput:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurada 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:

(...)

§ 2º Os direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1988ª, p. 19).

O último projeto de Constituição da Comissão de Sistematização foi o Projeto C (Fase V) no final do segundo turno de votação em Plenário. Novamente a cláusula de materialidade aberta não teve modificações significativas na sua redação, que retornou ao que era a redação do Projeto A, voltando a incluir “nesta Constituição” onde antes constava “neste artigo”. Houve também renumeração passando a constar no §2º do artigo 4º:

Art. 4º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurada 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:

(...)

§ 2º 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. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1988b, p.10)

O §2º do artigo 5º da Constituição de 1988 como conhecemos hoje teve sua redação atual definida no Projeto D (Fase X) da Comissão de Redação, que se manteve exatamente igual à redação do Projeto C – visto que não foram apresentadas emendas sobre esse tema na Fase W de emendas exclusivamente de redação – sendo a única alteração a renumeração do artigo:

Art. 5º 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:

(...)

§ 2º 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. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1988d, p.10)

A análise dos anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 sobre a internalização do direito internacional dos direitos humanos apresentada acima permite afirmar que não houve no âmbito da ANC de 1987 um debate amplo e profundo sobre o tema. O maior espaço que o tema teve foi nas Subcomissões, no entanto, os avanços normativos propostos nos Anteprojetos das Subcomissões não permaneceram no texto final, visto que sofreram modificações na redação ou foram definitivamente suprimidos do texto constitucional.

Nas subcomissões, fica explícito que havia uma preocupação com o tema e, nas audiências públicas realizadas, nas quais foram convocados juristas para falar sobre direito internacional e direitos humanos, nota-se que os constituintes destas subcomissões acataram a maioria das sugestões apresentadas nas audiências públicas, principalmente as levantadas por Cançado Trindade. Havia nas subcomissões um posicionamento mais favorável à internalização do direito internacional dos direitos humanos e sua maior prevalência sobre o direito interno do que ocorreu nas etapas seguintes do processo constituinte.

Contudo, a falta de debate sobre o tema nas fases seguintes, dificulta identificar quais foram as razões que levaram os constituintes à escolha política de retirar do texto constitucional a cláusula que determinava expressamente que o direito internacional faria parte do direito interno. Desde o Primeiro Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização (Fase N) não constou mais no texto dos projetos de Constituição o artigo que dispunha sobre o pertencimento do direito

internacional ao direito interno e a possibilidade de o direito internacional revogar leis internas. Foi um artigo que, na primeira redação, dava maior prevalência ao direito internacional sobre o direito interno – quando determinava que o direito internacional revoga a lei, mas não é por ela revogado – e que, à medida que a tramitação foi ocorrendo, foi sendo restringido até ser suprimido e não retornar ao texto constitucional.

Já a cláusula de materialidade aberta se manteve desde o Anteprojeto da Subcomissão de Direitos Políticos e Garantias Individuais, sendo reescrita, reenumerada e realocada nos títulos e capítulos dos anteprojeto e projetos de Constituição das Comissões até chegar na redação o §2º do artigo 5º no título dos direitos e garantias fundamentais que conhecemos hoje.

Se, até a Edição da Emenda Constitucional 45 de 2004, a internalização do direito internacional dos direitos humanos ocorreu na forma do §2º do artigo 5º da Constituição de 1988 é porque no momento histórico da Constituinte aquela foi a proposta vencedora no campo político, dentre as opções disponíveis. No próprio processo constituinte foram propostas variadas formas de internalização do direito internacional dos direitos humanos e em diferentes posições hierárquicas em relação ao direito interno.

Ao final, houve uma opção por incluir o direito internacional dos direitos humanos no rol dos direitos e garantias fundamentais, ainda que não expressamente e sim por meio de cláusula de materialidade aberta. Esse resultado limitou outros resultados possíveis, como a inclusão expressa do direito internacional dos direitos humanos, ainda que em nenhum momento uma proposta de inclusão expressa do direito internacional dos direitos humanos à ordem constitucional tenha aparecido nos debates da ANC de 1987, como ocorreu na reforma da Constituição da Argentina de 1994. Nessa perspectiva de análise, se considera a afirmação de Charles Tilly, de que “quando as coisas acontecem dentro de uma sequência afeta como elas acontecem, que toda estrutura ou processo constitui uma série de possibilidades de escolha” (1991, p. 29).

Da leitura dos anais da ANC de 1987 se verifica que a abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos por meio da cláusula de materialidade aberta foi considerada um avanço para a proteção dos direitos humanos e também para a consolidação da democracia após o período autoritário. O resultado da

Constituinte brasileira era uma promessa de internalização do direito internacional dos direitos humanos e da garantia e efetivação dos tratados internacionais sobre direitos humanos internamente.

No entanto, o debate que se gerou sobre o status dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem interna, com a posterior inclusão do §3º do artigo 5º pela Emenda Constitucional 45 de 2004 e com a decisão do STF pela supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados na forma do §2º do artigo 5º, limitou na prática esse potencial, que já havia sido diminuído pelo próprio STF quando manteve sua jurisprudência da década de 1970 que equiparava leis ordinárias e tratados e convenções de qualquer natureza. Ao mesmo tempo em que a inclusão do §3º do artigo 5º também não significou, até o momento, uma maior integração do direito internacional dos direitos humanos à ordem constitucional brasileira na prática.

3.2.2. Análise dos debates sobre a internalização do direito internacional dos direitos humanos nas votações relativas à Emenda Constitucional 45/2004:

A Emenda Constitucional 45 de 2004 é conhecida como a emenda da “Reforma do Poder Judiciário”. Sua tramitação teve início na Câmara dos Deputados em 1992 como a Proposta de Emenda à Constituição nº 96 de 1992 que “introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário” de autoria do Deputado Federal Hélio Bicudo (PT). No texto de justificativa da PEC constaram questões como a necessidade de efetivar o direito ao acesso à justiça, a morosidade do poder judiciário, a necessidade de modernização do judiciário e da administração da justiça. São feitas referências às alterações realizadas na estrutura do Poder Judiciário pelos governos da ditadura, como a alteração do número de ministros do Supremo Tribunal Federal e o estabelecimento de distinções entre juízes federais e estaduais pelo Ato institucional nº 2 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1992a).

A PEC 92/1992 foi proposta no contexto de revisão constitucional, prevista no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de

1988⁶⁵. A Reforma do Poder Judiciário não era apenas uma demanda interna, havia também interesse internacional, manifestado pela influência do Banco Mundial não só na reforma do judiciário no Brasil, como em diversos países da América Latina.

Em 1995 o Banco Mundial publicou o Documento Técnico nº 280 denominado “*Reforma Judicial en América Latina y Caribe: procedimientos de la Conferência del Banco Mundial*” (BANCO MUNDIAL, 1995) e em 1996 o Banco Mundial publicou o Documento Técnico nº 319 sobre a necessidade de reformas no setor judiciário na América Latina e no Caribe (BANCO MUNDIAL, 1996). Conforme Talita Rampin:

(...) estes documentos expressam uma tática que o sistema mundial adotou para ajustar, estruturalmente, os Estados-nacionais latino-americanos às exigências capitalistas para expansão do movimento de liberalização econômica na década de 1990. E que essa tática incluiu i) a atuação de instituições financeiras internacionais nos processos de reformas - como as instituições do Banco Mundial – BM, o Banco Interamericano para o Desenvolvimento – BID e o Fundo Monetário Internacional – FMI, ii) o estabelecimento de diretrizes que deveriam ser seguidas pelos estados-nacionais em seus processos de ajustes estruturais, iii) a formalização de instrumentos jurídicos solenes para oficializar a participação das instituições financeiras nesses processos, iv) o financiamento de recursos para viabilizar os ajustes necessários à adaptação neoliberal, v) o direcionamento das ações para incidir sobre as várias dimensões dos —setores de justiça nacionais (a judicial, a normativa, a administrativa e a econômica) e vi) a escolha e planejamento dos locais de incidência que correspondem a estados-nacionais periféricos e semiperiféricos (...) (RAMPIN, 2018, p. 173).

Nesse sentido, o interesse do Banco Mundial na Reforma do Judiciário na América Latina e no Caribe se dava com o objetivo de uma expansão capitalista para adaptar a estrutura da justiça interna aos interesses do capital e às exigências do sistema econômico (RAMPIN, 2018, p. 171). Especificamente quanto ao Brasil, em 30 de dezembro de 2004, mesma data da publicação da Emenda Constitucional 45 de 2004, o Banco Mundial publicou o Relatório nº 32789-BR intitulado “Fazendo com que a Justiça Conte – Medindo e Aprimorando o Desempenho do Judiciário no Brasil”, resultado de dois estudos desenvolvidos sobre o sistema judiciário brasileiro que o Banco Mundial financiou e no qual também constam recomendações de reformas (BANCO MUNDIAL, 2004).

A Reforma do Poder Judiciário teve seu início no mandato do primeiro presidente eleito democraticamente pelo voto direto após o final da transição política

⁶⁵ Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

da ditadura para a democracia, Fernando Collor. Em razão do longo tempo decorrido entre o início da tramitação da PEC 96/1992 e a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, a alteração constitucional promovida pelo §3º do artigo 5º com a atribuição de status de Emenda Constitucional para os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados sob aquele procedimento ocorreu quando o país se encontrava no quarto mandato presidencial de um presidente eleito diretamente após o final da transição política. A tramitação iniciada no governo de Fernando perpassou o primeiro e o segundo governo de Fernando Henrique Cardoso (PSDB) e encerrou no primeiro governo de Luís Inácio Lula da Silva (PT).

Considerando os marcos temporais adotados nesta pesquisa, no ano de 2004 já se haviam passado 16 anos desde o final da transição política para a democracia, que se deu com a promulgação da Constituição de 1988. Portanto, não se estava mais em uma situação e um contexto de transição política. Contudo, a inclusão do §3º no artigo 5º decorre de um debate iniciado em razão do §2º do artigo 5º da Constituição, o qual tem seu contexto de elaboração inserido no final da transição para a democracia no Brasil. Com isso constata-se também que no Brasil a opção pela atribuição de hierarquia de emenda constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, que foi discutida no âmbito da constituinte durante a transição, somente foi realizada após aquele período. E, como se verá adiante, não solucionou o problema que propunha resolver.

Dado o contexto e as influências da Reforma do Poder Judiciário, passa-se à descrição acerca do material empírico selecionado e analisado. A seleção do material empírico a ser analisado foi realizada a partir do site da Câmara dos Deputados na seção referente à tramitação da PEC 96/1992 e no site do Senado Federal na seção referente à tramitação da PEC 29 de 2000.

Para o acesso aos debates legislativos referentes à PEC 96/1992 foi necessário realizar solicitação de acesso a materiais por meio do Fale Conosco da Câmara dos Deputados. A primeira solicitação foi a de acesso ao Dossiê Digitalizado da PEC, que, por ser muito extenso, não estava disponibilizado diretamente no site⁶⁶. A segunda solicitação foi a das notas taquigráficas das

⁶⁶ O Dossiê Digitalizado foi recebido no formato de uma pasta compactada nomeada “PEC-0096-1992.zip” contendo onze arquivos em formato PDF enumerados de 0 até 10 e nomeados conforme segue: PEC-0096-1992-0; PEC-0096-1992-1; PEC-0096-1992-2; PEC-0096-1992-3; PEC-0096-1992-4; PEC-0096-1992-5; PEC-0096-1992-6; PEC-0096-1992-7; PEC-0096-1992-8; PEC-0096-1992-9;

reuniões da Comissão Especial, que não também estavam disponíveis no site⁶⁷. As duas solicitações foram atendidas por meio do envio dos materiais por e-mail.

Também foram consultadas as publicações temáticas do STJ sobre a tramitação da PEC, divididas em emendas, pareceres parciais e audiências públicas. Do mesmo modo, foram objeto de análise a redação original da PEC 96/1992, a redação de todas as emendas apresentadas, a redação de todas as Propostas de Emenda à Constituição apensadas à PEC 96/1992 e seus apensados, os pareceres da Comissão de Constituição e Justiça e da Comissão Especial, os anais das audiências públicas, as sessões do Plenário em que foi objeto de votação o §3º do artigo 5º, e a redação final da PEC que foi enviada para o Senado Federal.

A pesquisa da tramitação da PEC da Reforma do Judiciário no Senado Federal se deu por meio do site na seção referente à tramitação da PEC 29 de 2000, já que na tramitação no Senado a PEC 92/1996 foi renomeada. Os documentos consultados foram os pareceres da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, as emendas ao parecer do relator da CCJ, as Emendas de Plenário, todas as publicações oficiais disponibilizadas na página da tramitação da PEC 29/2000 no Senado Federal, as reuniões da CCJ disponibilizadas para consulta na página da CCJ no Senado Federal e a redação final da PEC para publicação.

Em todos os materiais empíricos documentais mencionados a pesquisa se deu por meio da pesquisa de termos-chave referentes ao conteúdo e ao tema do que hoje é o §3º do artigo 5º: “direitos humanos”, “tratados e convenções

PEC-0096-1992-10; Os 10 primeiros arquivos contém 1000 páginas e o último arquivo contém 775. O Dossiê digitalizado foi considerado como uma única referência. Em tese toda a documentação referente à tramitação da PEC 96/1992 na Câmara dos Deputados consta nesses arquivos, no entanto, as sessões da CCJ, da Comissão Especial e do Plenário não constam nas páginas do Dossiê. O acesso às sessões do Plenário foi possível por meio do site da Câmara dos Deputados. Contudo, as atas e notas taquigráficas da CCJ e da Comissão especial não foram disponibilizadas em sua integralidade no site. Obtive acesso às audiências públicas realizadas pela Comissão Especial por meio de publicação do Superior Tribunal de Justiça.

⁶⁷ Na parte do site em que é possível realizar consultas sobre as comissões, inclusive as já encerradas, como é o caso dessa Comissão Especial, o acesso somente é possível para comissões a partir da 52ª legislatura, que iniciou em 2003. Por esta razão, foi realizado contato por meio do Fale Conosco solicitando a disponibilização das notas taquigráficas das sessões da Comissão Especial da PEC 96/A de 1992, demanda que também foi atendida. Recebi por e-mail do destinatário camara.service@mailac.custhelp.com duas planilhas excel nomeadas como “PEC 96-1992_Notas Taquigráficas_Comissão Especial e Audiências Pública” e “PEC 96-1992_Notas taquigráficas_Comissão Especial”. A segunda planilha continha a listagem de todas as reuniões realizadas pela Comissão Especial com um link que direcionava para uma página html do Departamento de Taquigrafia da Câmara dos Deputados. Em razão desse formato de arquivo, não é possível identificar a página do trecho citado, porque não há divisão de páginas. Na mesma resposta foram enviados links para acesso aos Suplementos do Diário do Congresso Nacional de 14/12/1999 referentes à PEC 96/1992 e que constam nas referências ao final da dissertação.

internacionais”, “emenda constitucional”, “equivalência”, “§3º”, “art.5º”, “internacionais”, “internacional”, “hierarquia”, “tratados” e “convenções”. A partir da localização dos termos era identificado o trecho referente ao §3º do artigo 5º ou à sua temática e então era realizada a leitura atenta do material. Alguns arquivos, em razão da digitalização antiga, não dispunham da ferramenta de busca, razão pela qual foi realizada a leitura integral dos mesmos. Todos os documentos foram integralmente visualizados, mesmo aqueles em que a ferramenta de busca estava disponível, a fim de conferir a presença de mais debates ou informações sobre o §3º do artigo 5º. Buscou-se realizar os documentos em sequência cronológica

No texto da proposta inicial da PEC 96/1992 na Câmara dos Deputados não constava a proposta de inclusão do §3º do artigo 5º na Constituição (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1992a). Foram propostas 45 emendas à PEC 96/1992 na fase de análise na Comissão Especial, no entanto nenhuma das emendas propostas continha em seu teor conteúdo referente à internalização dos tratados internacionais de direitos humanos. O tema dos direitos humanos foi suscitado na emenda nº 21 e na emenda nº24, contudo era referente à federalização do processamento e julgamento de crimes contra direitos humanos (STJ, 1999a, p. 314-417/ p.324-330; STJ, 1999c, p. 130).

A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, que teve como relator o Deputado Luiz Carlos Santos emitiu parecer pela admissibilidade unânime da PEC nº 96 em 12 de agosto de 1992 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, dezembro de 1999, suplemento, Volume I, p. 00035-00036). A PEC 96 de 1992 foi arquivada em 2 de fevereiro de 1999 em razão da disposição do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e no mesmo ano a PEC foi desarquivada nos termos do parágrafo único do artigo 105⁶⁸ do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (FARIA, 2008, p. 46; CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, dezembro de 1999, suplemento, Volume I, p. 00037-00038).

Na continuidade da tramitação após o desarquivamento, foram pensadas cinco Propostas de Emenda Constitucional à PEC 96/1992: a PEC 368-A/1996 que

⁶⁸ Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

(...)

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

“atribui competência à justiça Federal para julgar os crimes praticados contra os Direitos Humanos”, a PEC 112-A/1995 que “Institui o Sistema de Controle do Poder Judiciário”, a PEC 127-A/1995 e a PEC 215-a/1995 ambas sobre “nova redação ao inciso VI do art. 93 da Constituição Federal, e a PEC 500-A/1997 que “dá nova redação ao §2º do art. 102 da Constituição Federal (STJ, 1999c, p.7). O tema da equivalência de tratados internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais não constou na redação de nenhuma das PEC’s apensadas ou de quaisquer de seus documentos de tramitação anteriores aos apensamentos à PEC 96/1992.

Em 30 de março de 1999 foi instalada nova Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 96 de 1992, que “introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário”. O tema da reunião foi procedimental, sem que houvesse discussão acerca do conteúdo da PEC (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, 31 de março de 1999, pp. 12942 - 1249).

A Comissão Especial realizou 46 Reuniões entre 30 de março de 1999 e 16 de maio de 2000, dentre as quais oito audiências públicas entre 15 de abril de 1999 e 06 de maio de 1999, na qual foram ouvidos especialistas em diversos temas, bem como representantes de entidades de classe e associações⁶⁹. As notas taquigráficas

⁶⁹ Em 15 de abril de 1999 foram ouvidos Bolívar Lamounier (Cientista Político), Armando Castelar Pinheiro (Vice-Presidente do BNDES), João Paulo dos Reis Velloso (Superintendente -Geral do Instituto Nacional de Altos Estudos) e João Geraldo Piquet Carneiro (Vice-Presidente do Conselho da Reforma do Estado). Em 20 de abril de 1999 foram ouvidos Ericson Crivelli (Central Única dos Trabalhadores), Canindé Pegado (Confederação Geral dos Trabalhadores), (Enilson Simões de Moura Social Democracia Sindical), e Antonio Carlos Navarro (Confederação Nacional da Indústria). Em 27 de abril de 199 foram ouvidos Fernando Tourinho Neto (Associação Nacional dos Juizes Federais), Achilles de Jesus Siquara Filho (Confederação Nacional do Ministério Público), Reginaldo de Castro (Conselho Federal da OAB), Dyrceu Aguiar Cintra Júnior (Associação dos Juizes para a Democracia), Luiz Fernando R. de Carvalho (Associação dos Magistrados Brasileiros), Ela Wiecko Volkmer de Castilho (Associação Nacional dos Procuradores da República). Em 28 de abril de 199 foram ouvidos José Néri da Silveira (Ministro do Supremo Tribunal Federal e presidente do Tribunal Superior Eleitoral), Antonio de Pádua Ribeiro (Presidente do Superior Tribunal de Justiça) Wagner Antonio Pimenta (Presidente do Tribunal Superior do Trabalho), Carlos de Almeida Baptista (Presidente do Superior Tribunal Militar) José Fernandes Filho (Desembargador Presidente da Comissão Executiva do Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça). Em 29 de abril de 1999 foram ouvidos Getúlio Correa (Presidente da Associação dos Magistrados das Justiças Militares estaduais), Beatriz de Lima Pereira (Presidente da Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho) Mário dos Santos Paulo Juiz (Corregedor Regional Eleitoral no Rio de Janeiro), Ramon Castro Touron (Presidente da Associação Nacional dos Juizes Classistas). Em 04 de maio de 1999 foram ouvidos Renan Calheiros (Ministro da Justiça) e José Celso de Mello Filho (Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal). Em cinco de maio de 199 foram ouvidos Roberto de Freitas Filho (Presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos), Ulysses Riedel (Diretor do DIAP), Luiz Flávio Gomes (Ex-Juiz de Direito) e Ricardo Cunha Chimenti (Representante dos Juizados Especiais). Em 06 de maio de 1999 foi ouvido Geraldo Brindeiro (Procurador Geral da República) (SADEK, 2010, p. 09; STJ, 1999b, p.3)

de todas as reuniões foram consultadas para identificar quando e como o §3º do artigo 5º foi incluído na PEC 92/1996 dado que não constava na redação da proposição original.

Em audiência pública realizada pela Comissão Especial em 04 de maio de 1999 Celso de Mello, então Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal foi ouvido sobre a Reforma do Poder Judiciário que tramitava na Casa legislativa. Em sua fala, o Ministro Celso de Mello sugeriu a necessidade de o Congresso Nacional outorgar hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos em que o Brasil é parte, citando a reforma constitucional da Argentina de 1994 como exemplo a ser seguido:

Também parece-me importante que haja, por parte do Congresso Nacional, a outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil em matéria de Direitos Humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição da Argentina, reformada recentemente em 1994, afastando-se desse modo a discussão e a controvérsia que ainda hoje há em torno do alcance do art. 5º, §2º da Constituição (STJ. 1999b, p. 456).

A fala do Ministro Celso de Mello destaca-se, sobretudo, pelo reconhecimento da existência de uma controvérsia acerca do processo de internalização das normativas de direito internacional dos direitos humanos à ordem constitucional. Desse reconhecimento decorrem, ao menos, duas questões relevantes. A primeira é que, de fato, a constituinte de 1987 contemplou uma cláusula de abertura constitucional às normas de proteção internacional dos direitos humanos, mas não explicitou a hierarquia constitucional dessas normas, ainda que toda cláusula de abertura constitucional esteja fundada nessa possibilidade. A segunda é que não houve disponibilidade alguma por parte do STF em considerar a natureza própria da referida cláusula adotada, já que esta foi ignorada pela Corte desde a aprovação da Constituição de 1988, que seguiu aplicando um precedente de 1977, como se a chegada de um novo texto constitucional com explícita regra sobre o tema não fosse motivo suficiente para a revisão de seus posicionamentos até aquele momento. Uma terceira constatação decorrente da manifestação do Ministro Celso de Mello é de que a reforma da constituição da Argentina de 1994 afetou o resultado da reforma constitucional brasileira iniciada em 1992 e concluída em 2004.

De todo modo, a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, até então, não havia constado na

manifestação de nenhum dos convidados das audiências públicas realizadas pela Comissão Especial, tampouco nas reuniões internas da Comissão Especial realizadas anteriormente, de forma que a manifestação do Ministro Celso de Mello foi a primeira abordagem do tema na tramitação da PEC. Nas reuniões ordinárias da Comissão Especial realizadas após as audiências públicas foi colocado em discussão o parecer da relatora, a deputada Zulaiê Cobra.

Foi na 29ª Reunião ordinária da Comissão Especial realizada em 29 de setembro de 1999 que, pela primeira vez, houve manifestações dos demais integrantes da Comissão Especial acerca da atribuição de equivalência de emenda constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, conforme os registros disponibilizados pelo Departamento de Taquigrafia da Câmara dos Deputados. A manifestação do Deputado Vicente Arruda (PSDB) foi contrária à inclusão considerando que a atribuição de hierarquia constitucional “não acrescenta nada” e que os tratados de direitos humanos serão cumpridos independente da atribuição de status constitucional:

O SR. DEPUTADO VICENTE ARRUDA - (...) Outra coisa: transformar os tratados e convenções internacionais em emenda à Constituição. Por quê? A Lei de Introdução ao Código Civil já prevê que os tratados internacionais já fazem parte da legislação positiva brasileira e têm inclusive poder superior à lei ordinária. É obrigatório o seu cumprimento. E por que vamos transformar os tratados internacionais se a Constituição criou um sistema de emendas? Estaremos criando no art. 5º uma nova forma de emenda à Constituição, também sem dar força nenhuma aos direitos humanos, porque se trata de uma questão de aplicação da lei. Pode até ficar escrito, mas estou dizendo que isso não acrescenta nada.

A SRA. DEPUTADA ZULAIÊ COBRA - Quería saber o que V.Exa. iria falar sobre os direitos humanos, porque V.Exa. parou.

O SR. DEPUTADO VICENTE ARRUDA - É porque se trata de lei interna; nós é que devemos cuidar dos nossos direitos humanos. E os tratados que assinamos serão cumpridos, independentemente de incorporá-los à Constituição. Ou não são lei da terra? (Senado Federal, DETAQ, 1999)

Já a manifestação do deputado Agnelo Queiroz, do PC do B, foi de apoio, sem entrar em debate maior sobre o tema: “Concordo com a questão dos tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos, que foi bem absorvido”. (Senado Federal, DETAQ, 1999). Não houve mais manifestações sobre o §3º do artigo 5º nas reuniões da Comissão Especial que se seguiram, conforme consulta realizada nas notas taquigráficas de todas as reuniões da Comissão Especial disponibilizadas pelo Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação da Câmara dos Deputados.

A inclusão do §3º no artigo 5º da Constituição foi introduzida na PEC 96/1992 por meio do Substitutivo da Comissão Especial de autoria da Relatora Zulaiê Cobra (PSDB) e foi apresentada, após a realização das audiências públicas, nos seguintes termos do artigo 1º do Substitutivo:

Art. 1º É dada nova redação ao inciso LXXI e acrescentado o inciso LXXVIII e o §3º ao art. 5º:

Art. 5º.....

(...)

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, condicionada à aplicação pela outra parte (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 20 de janeiro de 2000, p. 02603).

O Substitutivo da Comissão Especial foi aprovado em primeiro turno, ressalvados os destaques, com 456 votos SIM, 21 votos NÃO, e uma abstenção. Nesta votação não houve debates acerca do §3º do artigo 5º (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 20 de janeiro de 2000, p. 02630).

No relatório da Comissão Especial de 14 de outubro de 1999 a Relatora, deputada Zulaiê Cobra, fez constar que a outorga de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos celebrados pelo Brasil se deu acolhendo a sugestão do Ministro do STF Celso de Mello:

Buscando a efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também a sugestão do Ministro CELSO DE MELLO, Presidente do Supremo Tribunal Federal, no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição argentina (1853), com a reforma de 1994 (art. 75, nº 22), introdução esta no texto constitucional que afastará a discussão em torno do alcance do artigo 5º, §2º (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, 14 de dezembro de 1999, p. 00846)

Na complementação de voto da relatora apresentada em 19 de outubro de 1999 e na reformulação parcial de voto apresentada em 17 de novembro de 1990, não constaram alterações ou menções quanto ao §3º do artigo 5º (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, 14 de dezembro de 1999, p.00953-01007, e p. 01008-01012).

A expressão “condicionada à aplicação da outra parte” que constava na redação do §3º do artigo 5º do Substitutivo da Comissão Especial aprovado pelo Plenário em primeiro turno foi retirada quando da votação, também pelo Plenário, do Requerimento de Destaque nº 4 da Bancada do PPB, com a justificativa de que:

A natureza multilateral dos tratados sobre direitos humanos desaconselha a previsão do condicionamento à aplicação da outra parte. Ademais, a recepção por outro Estado não deve servir de empecilho para que nosso País possa conferir status constitucional a tais tratados (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, 26 de janeiro de 2000, p. 03524)

O Requerimento de Destaque nº 5, do deputado Jutay Júnior (PSDB), também tinha como solicitação a votação em separado para retirada da expressão “condicionada à aplicação da outra parte”. A justificativa para o destaque foi a seguinte:

Conferir o mesmo status de emenda constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos· é atitude louvável do ponto de vista acadêmico. No entanto, na prática surge o problema do condicionamento do texto constitucional cuja aplicação depende da observância do tratado por outro país. Teremos uma norma constitucional condicionada. Não se pode olvidar, ainda, a insegurança jurídica causada por uma "norma constitucional" que tem como parlamento organismo internacional, ficando restrita a atuação dos representantes do povo a dizer sim ou não ao texto do tratado para que o mesmo venha ou não integrar nossa Constituição (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, 26 de janeiro de 2000, p. 03524).

Os destaques foram apresentados em janeiro de 2000 e na sessão deliberativa do dia 02 de fevereiro de 2000 o Plenário da Câmara dos Deputados votou o destaque nº 4 para suprimir a expressão “condicionada à aplicação pela outra parte” do §3º do artigo 5º. No debate que se seguiu, quando da entrada em pauta do destaque, foi mencionado que a retirada da expressão constou de acordo geral dos líderes dos partidos. O único partido que votou não à supressão da expressão foi o PDT porque com a supressão “o tratado-convenção a favor dos direitos humanos ganha status de norma constitucional, independentemente da aplicação de reciprocidade” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, 03 de fevereiro de 2000, p. 06082).

O único debate sobre o tema foi uma dúvida do Deputado Alberto Goldman sobre a situação dos tratados aprovados na forma do §3º do artigo 5º caso fossem futuramente revogados:

O SR. ALBERTO GOLDMAN (PSDB - SP. Sem revisão do orador.) (...) Ao retirar essa expressão, essa condicional "aplicação da outra parte", significa que os tratados sobre direitos humanos passam a ter **status** constitucional. Se amanhã algum desses tratados for revogado, como fica, se adquirir **status** constitucional? Ele é revogado. No entanto, está na nossa

Constituição? Gostaria de entender isso (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, 03 de fevereiro de 2000, p. 06083).

Em resposta ao questionamento, o Deputado Marcelo Déda (PT) explicou que caso ocorra a revogação do tratado, será encaminhada uma proposta de revogação da ratificação do Brasil, procedimento que já ocorre nos demais tratados. Na contextualização da resposta, explicou o porquê da retirada da exigência da reciprocidade do §3º do artigo 5º, exemplificando a multilateralidade dos tratados e o prejuízo aos direitos humanos para que a aplicação dependa da ratificação de todos os países:

O SR. MARCELO DÉDA (PT - SE. Sem revisão do orador.) - Sr. Presidente, primeiro, não há uma incorporação automática dos tratados ao texto constitucional, isto é, apenas aqueles tratados que tenham sido aprovados nas duas Casas do Congresso Nacional, com o **quórum** de emenda constitucional, terão tal **status**. Na verdade, o que se está dando a esses tratados é o privilégio de funcionar na condição de uma PEC. Desde que tenham votação qualificada de PEC, terão o status de norma constitucional. Veja que são tratados pertinentes a direitos humanos. O objetivo do destaque é na hora em que se conferir esse **status** não criar a obrigação de que haja reciprocidade. Por exemplo, se um país, Cuba, Filipinas ou qualquer outro, não subscrevê-lo, não se pode negar a vigência de uma regra produtora de direitos humanos no Brasil, porque uma das outras partes - porque podem ser dezenas - recusou-se a ratificá-lo, também V. Exª levanta a questão da possível revogação do tratado. Revogado o tratado, obviamente, o Itamaraty encaminhará a informação ao Poder Executivo, que enviará uma proposta também de revogação da nossa ratificação, como ocorre nos demais tratados (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, 03 de fevereiro de 2000, p. 06083).

A expressão “condicionada à aplicação pela outra parte” foi suprimida com 408 votos NÃO (contrários à manutenção da expressão), 4 votos sim (favoráveis à manutenção da expressão) e uma abstenção. Com a votação do destaque 4, o destaque 5 sobre o mesmo tema não foi votado porque ficou prejudicado.

Após a supressão da expressão “condicionada à aplicação pela outra parte” o §3º do artigo 5º não foi pautado nas sessões do Plenário da Câmara dos Deputados e não sofreu alterações na sua redação. Assim, a redação aprovada em segundo turno da Câmara dos Deputados e enviada para o Senado Federal foi a seguinte

Art.1º. O art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º.....

(...)

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três

quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, 8 de junho de 2000, p. 30903).

A votação em Segundo Turno na Câmara dos deputados iniciou em 24 de maio de 2000 e foi concluída em 07 de junho de 2000 com a aprovação da redação final da PEC 96 de 1992, oferecida pela relatora deputada Zulaiê Cobra, para ser enviada ao Senado Federal. Ao longo das sessões de discussão em segundo turno diversos requerimentos e destaques foram votados, havendo quóruns variados de presença e votação. Não consta nas notas taquigráficas da sessão de aprovação do texto final o quórum de presença e os números de votos favoráveis ou contrários à redação final. A aprovação está registrada da seguinte maneira: “O SR. PRESIDENTE (Michel Temer) – Quem estiver de acordo permaneça como se acha. (Pausa.) Aprovada.” A matéria vai ao Senado Federal” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DCD, 8 de junho de 2000, p. 30915).

No Senado Federal a PEC 96 de 1992 passou a tramitar sob o nome de PEC 29, de 2000. No primeiro parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - Parecer nº 538, apresentado em 10 de junho de 2002 - a redação do §3º do artigo 5º foi mantida conforme definida pela Câmara dos Deputados (SENADO FEDERAL, DSF, junho de 2002, p. 11045).

Quanto ao conteúdo do §3º do artigo 5º o relator da CCJ, Senador Bernardo Cabral (PMDB) mencionou o paralelo da atribuição de equivalência de emenda constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos na nossa reforma com o determinado pela Constituição da Argentina. Destacou ainda a necessidade de revisão na teoria brasileira acerca do status dos tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro:

A providência do §3º do art. 5º, inserção da PEC 29/92, encontra paralelo no direito argentino, onde atos internacionais podem alterar determinadas classes de dispositivos da Constituição. Não há, a rigor, inconstitucionalidade formal no dispositivo, já que não estão lesadas as limitações materiais implícitas ao poder de reforma da Constituição. Não se está mudando o processo, pois foi mantida a bicameralidade e foram preservados os dois turnos e a maioria qualificada por três quintos para aprovação.

É de se ressaltar que a estatura jurídica da emenda à Constituição vai permitir àqueles tratados e convenções internacionais revogar a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, inclusive os códigos e a legislação especial.

Outra nota importante, essa no campo teórico, é a que vai impor uma revisão da teoria brasileira sobre a estatura dos tratados, acordos e atos

internacionais, hoje entendidos como legislação infraconstitucional detentora de lei ordinária. Sob a nova disciplina, as formulações teóricas deverão ser revistas (SENADO FEDERAL, DSF, junho de 2002, p. 10980).

Foram apresentadas duas emendas ao §3º do artigo 5º ao parecer do Relator na CCJ. A Emenda nº 99 do Senador Antônio Carlos Junior (PFL) (que recebeu o número de Emenda nº 64 na CCJ) dispunha sobre a “Atribuição aos acordos de cooperação internacional em matéria criminal e civil de grau hierárquico de emenda à Constituição” (SENADO FEDERAL, DSF, junho de 2002, p.11171). A justificação para a inclusão destes acordos no §3º do artigo 5º foi de que:

(...) Elevados a nível constitucional, os tratados e convenções, que estabeleçam mecanismos mais ágeis de cooperação internacional. Não exbarrariam (*sic*) estes nos atuais óbices atualmente existentes na nossa Carta Política. E isso com a garantia do exame, discussão e votação, com quórum privilegiado no Congresso, e com a possibilidade de eventual e posterior reexame judicial (art. 5º, inciso XXXV, CF), quanto a observância das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF). A presente emenda tem o objetivo de agilizar e de tornar eficiente o combate a graves atividades criminais, com repercussão internacional, como o terrorismo, a lavagem de dinheiro, a sonegação fiscal, o tráfico ilícito de drogas, de armas de fogo, munições e explosivos (SENADO FEDERAL, DSF, junho de 2002, p. 11232-11233).

A emenda nº 99 foi acolhida pelo Relator e mantida pela CCJ, nos termos da própria justificação da emenda, que, na prática, ampliava o alcance da atribuição de equivalência de Emenda Constitucional com a intenção de dar maior proteção jurídica aos direitos que a prática de crimes internacionais violam.

A segunda emenda sobre o §3º do artigo 5º apresentada ao parecer do relator da CCJ – Emenda nº 217 do Senador Romero Jucá (PMDB) - buscava a “Supressão do §3º do art. 5º, sobre a equivalência de tratado internacional à emenda à Constituição” (SENADO FEDERAL, DSF, junho de 2002, p. 11189), e foi rejeitada pelo relator com o seguinte parecer:

Não há *inutilidade* na formulação oriunda da Câmara dos Deputados, já que o tratado, nas condições do dispositivo, não é emenda à Constituição, mas estará apenas a ela equiparado, por se tratar de espécies jurídicas distintas e sujeitas a formalidades próprias (SENADO FEDERAL, DSF, junho de 2002, p. 11189).

Na redação consolidada da PEC nº 29 de 2000, após a apresentação votação das emendas ao parecer do relator da CCJ, o §3º do artigo 5º passou a ter a seguinte redação:

Art. 1º O Art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 5º.....
 (...)

§3º os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e cooperação internacional em matéria criminal e civil, aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (AC) (SENADO FEDERAL, DSF, junho de 2002, p. 11197).

No Plenário, em primeiro turno, foi oferecida uma emenda sobre o §3º do artigo 5º, novamente uma emenda supressiva do dispositivo de autoria do Senador Romero Jucá. Dispunha a Emenda de Plenário nº 107:

Supressiva do §3º do art. 5º, para eliminar a possibilidade de os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e cooperação criminal em matéria criminal e civil terem equivalência a emenda à Constituição, se ratificados pelo mesmo processo legislativo utilizado no poder reformados (SENADO FEDERAL, DSF, novembro de 2002, p. 21080).

Conforme o Parecer nº 1.035 de 2002 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, apresentado após as emendas de Plenário, a Emenda de Plenário nº 107 foi rejeitada pelo relator, rejeição confirmada pela CCJ, com a seguinte análise:

Embora ponderáveis, as razões que sustentam a emenda não são bastantes a conduzir este Relator ao acolhimento. O temor, expressão na justificativa dos autores, de que tratado internacional ratificado pelo Congresso na forma do dispositivo que se pretende abolir venha alterar a Constituição, no que lhe seja contrário, cede à constatação de que, tanto quanto as Emendas à Constituição, os tratados internacionais são hoje, e continuarão sendo, espécies infraconstitucionais. Mesmo que tenham nível jurídico-hierárquico de emenda à Constituição, estarão sujeitos, obviamente, às limitações constitucionais ao poder de reforma da Constituição, uma delas a constante no art. 60, §4º, inciso IV, que proíbe a abolição ou restrição a direitos e garantias fundamentais. Entendemos, ainda, que não se configura bis in idem com o §2º do art. 5º, que apenas reconhece direitos fundamentais de fonte extraconstitucional, mas não atribui a atos internacionais a força alteradora da Constituição (SENADO FEDERAL, DSF, novembro de 2002, p. 21080).

Ao final da 51ª Legislatura, a PEC 29 de 2000 ainda não havia sido aprovada em segundo turno. Com o início da 52ª Legislatura em 2003, o Senado Federal teve uma renovação de mais de 50% de seus membros. Em razão dessa renovação e do alto número de emendas apresentadas durante a provação em primeiro turno ainda na legislatura anterior, José Sarney (PMDB), então Presidente do Senado, determinou o retorno da PEC 29 de 2000 para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. O retorno à CCJ foi aprovado pelo Plenário, e o senador José Jorge

(PFL) foi designado como novo relator da PEC em 23 de junho de 2003 para emitir novo parecer (FARIA, 2009, p. 47).

Destaca-se que na tramitação da PEC da Reforma do Judiciário no Senado também foram realizadas audiências públicas pela CCJ. Cinco audiências públicas foram realizadas pela primeira formação da CCJ entre 24 de outubro de 2000 e 26 de setembro de 2001⁷⁰, e nove audiências públicas foram realizadas pela segunda formação da CCJ entre 23 de julho de 2003 e 18 de fevereiro de 2004⁷¹.

A tramitação da PEC 29/2000 no Senado foi, na prática, reiniciada com este retorno à CCJ na mudança de legislatura. No novo parecer, em reexame, da CCJ na PEC 29/2000, Parecer nº 00451 de 2004 foi mantida a redação do §3º do artigo 5º da redação original da PEC, ou seja, a redação que veio da Câmara dos Deputados. No quadro comparativo da redação da PEC 29/2000 com o parecer da CCJ e o parecer do relator sobre os textos, o §3º do artigo 5º está incluído no item intitulado “Novos direito e garantia fundamentais e alterabilidade da Constituição por atos internacionais” (sic) (SENADO FEDERAL, DSF, maio de 2004, p. 12820). Foi neste parecer que o §4º do artigo 5º, que trata da determinação da sujeição do Brasil à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional, foi incluído em razão da afinidade material do conteúdo já que antes constava como §3º do artigo 109.

⁷⁰ Em 24.10.2000 foram ouvidos em audiência pública Carlos Veloso, então Ministro Presidente do STF e o Ministros Costa Leite, então presidente do STJ; em 28.03.2001 foram ouvidos Almir Pazzianotto, então Ministro Presidente do TST, Aldo Fagundes, então Ministro Presidente do STM e o Tenente-Brigadeiro-Ar Sérgio Xavier Ferolla, Ministro do STM; em 08.08.2001 foram ouvidos Ives Grandra Martins, REPRESENTANDO O Presidente do TST, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, então Ministro Presidente do STF e Paulo Costa Leite, então Ministro Presidente do STJ; em 21.08.2001 foram ouvidos Flávio DINO DE Castro e Costa, então Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil, Nívea de Matos Nunes Rolim, então Presidente do Colégio Nacional dos Defensores Públicos-Gerais, Roberto Gonçalves de Freitas Filho, Presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos e Nancy Gomes de Carvalho, representante do Sindicato dos Defensores públicos de Mato Grosso do Sul; em 26.09.2001 foi ouvido Nelson Jobim, então Ministro Presidente do TSE.

⁷¹ Em 23.07.2003 foi ouvido em audiência Pública Cláudio Lemes Fonteles, então Procurador-Geral da República; em 13.08.2003 foram ouvidos Rubens Approbato Machado, então Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Marfan Martins Vieira, então Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), e Cláudio Baldino Maciel, então Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); em 20.08.2003 foram ouvidos Paulo Sérgio Domingues, então Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), e Nicolao Dino de Castro Costa, então Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR); em 27.08.2003 foram ouvidos Vantuil Abdala, representante do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, e Carlos Eduardo Cezar de Andrade, então Ministro Presidente do Superior Tribunal Militar; em 10.09.2003 foi ouvido Nilson Navaes, então Ministro presidente do Superior Tribunal de Justiça; em 28.01.2004 foi ouvido Edson Vidigal, então Ministro Vice-Presidente do STJ; em 04.02.2004 foi ouvido Nelson Jobim, então Ministro Vice-Presidente do STF; em 10.02.2004 FOI OUVIDO Márcio Thomaz Bastos, então Ministro da Justiça; e em 18.02.2004 foi ouvido Maurício Corrêa, então Ministro Presidente do STF.

Foram oferecidos dois destaques para votação em separado do §3º do artigo 5º em primeiro turno: o destaque nº 35 de apresentado pelo senador Demóstenes Torres (PFL) e o destaque nº 123 apresentado pelo senador Fernando Bezerra (PMDB). Os dois destaques foram retirados pelos senadores proponentes (SENADO FEDERAL, DSF, maio de 2004, p. 12898 e p.12905).

Após o oferecimento de emendas, foi acolhida uma emenda de redação⁷² referente ao §3º do artigo 5º. Não consta no parecer e nos documentos disponibilizados e consultados qual o número da emenda de redação e de quem foi a autoria, ou o quórum de aprovação. Foi esta emenda de redação que deu ao §3º do artigo 5º a redação que foi à promulgação e que conhecemos hoje. A mudança de redação foi o acréscimo das palavras “que forem”, destacadas abaixo:

Art.5º.....
 (...)
 § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos **que forem** aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional cuja criação tenha manifestado adesão. (NR)

Conforme reunião da CCJ em 31 de março de 2004 o motivo que ensejou a apresentação de uma emenda de redação foi uma dúvida levantada pelo Senador Demóstenes Torres quanto à redação do §3º do artigo 5º. Para ele a redação permitia entender que se um tratado internacional sobre direitos humanos não fosse aprovado com três quintos em cada casa do Congresso Nacional ele seria rejeitado. No entanto, o entendimento da interpretação da redação explicado pelo relator da CCJ é de que se o tratado fosse aprovado com três quintos em dois turnos nas duas casas do Congresso Nacional seria internalizado como Emenda Constitucional e se fosse aprovado com votação comum seria internalizado como lei ordinária:

O SR. DEMÓSTENES TORRES (PFL – GO) – Sr. Presidente, conversei com o Senador José Jorge a respeito deste item 35. Tenho dúvidas quanto à redação. Diz o seguinte: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso, em dois turnos,

⁷² Conforme definição no site do Senado Federal uma emenda de redação é “feita a projetos e matérias legislativas apenas para melhorar e adequar o texto, sem modificar seu conteúdo”. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/emenda-de-redacao> . Acesso em 23 jun. 2022.

por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Qual é a minha dúvida? Entendo que, pela forma como está redigido, aprovou-se em cada Casa, com três quintos, se tornou emenda constitucional. Não se aprovou com três quintos, naturalmente ela foi rejeitada e não se transforma em lei; não foi ratificado pela Casa.

O Senador José Jorge disse-me que seu entendimento é o seguinte: se foi aprovada em dois turnos por três quintos, torna-se emenda constitucional; se foi aprovada com o quorum comum, maioria, vai-se transformar em lei ordinária. Então, o que eu queria – e o Senador José Jorge concordou – é que fosse feita uma emenda de redação aclarando essa situação, porque a impressão que eu tenho é que está aprovado ou rejeitado, não há uma situação intermediária como o Senador afirma existir. Então, se neste momento já estamos criando uma celeuma por uns acharem que tem e outros que não tem, imaginem o julgamento de um Tribunal acerca disso. Portanto, eu pediria, e o Senador concordou, e farei uma emenda de redação, deixando claro essa situação (SENADO FEDERAL, CCJ, março de 2004, p. 38).

Para não deixar margem para uma interpretação distinta, foi informado pelo relator da CCJ que iria preparar uma emenda de redação para deixar o texto do §3º do artigo 5º mais claro:

O SR. JOSÉ JORGE (PFL – PE) – A idéia é essa que o Senador Demóstenes acabou de expor. Quer dizer, um tratado internacional, se se desejar que ele tenha status de emenda constitucional – são os mais importantes evidentemente – então, o que é que se tem que fazer? Dar a ele a mesma tramitação de emenda constitucional. Ele vai ser aprovado por dois terços em uma Casa, dois quartos na outra, em dois turnos etc., aí ele vai ter status de emenda constitucional. Se ele não for aprovado dessa forma e for aprovado como um convênio internacional, não tem esse status de emenda constitucional.

O Senador acha que não está claro, então vamos preparar uma emenda de redação para tornar a questão mais clara. (SENADO FEDERAL, CCJ, março de 2004, p. 38).

Em 17 de novembro de 2004 foi aprovada a redação da PEC 29/2000 em primeiro turno. Na mesma sessão foi recebida a proposta de redação para o segundo turno do texto para promulgação – o Parecer nº 1.747 de 2004 da CCJ, o texto da PEC 29/2000 de fato – e a proposta de redação para o segundo turno para retornar à Câmara dos Deputados - Parecer nº 1.748 de 2004 da CCCJ, no qual constaram outras três Propostas de Emenda Constitucional referentes ao Poder Judiciário, nos termos da Emenda nº 240 da CCJ (FARIA, 2009, p. 47; SENADO FEDERAL, dezembro de 2004, p. 41570-41583).

A votação em segundo turno da PEC 29/2000 ocorreu no mesmo dia em razão da aprovação de requerimento subscrito pelos líderes do partido para

dispensar o cumprimento do interstício entre o primeiro e o segundo turno de votação. Assim as três sessões de discussão em segundo turno foram marcadas para aquele mesmo dia em horários sequenciais, a primeira às 18h30, a segunda às 19h e a terceira às 19h30. Em nenhuma das três sessões houve oradores inscritos e ao final da terceira sessão foi aprovado em segundo turno o texto para a promulgação com 59 votos SIM e 01 votos NÃO (SENADO FEDERAL, 2020).

Destacam-se dois pronunciamentos realizados pelo senador José Jorge, Relator da PEC 29/2000 na CCJ, em sessões do Plenário do Senado Federal já na reta final da tramitação. Ainda havia alguns pontos de divergência sobre determinados assuntos, no entanto a reforma já era tratada como algo pronto e a atribuição de hierarquia constitucional para os tratados internacionais sobre direitos humanos foi destacada, em duas ocasiões pelo Relator, como um dos maiores avanços da Reforma do Judiciário, ao lado da sujeição do Brasil ao Tribunal Penal Internacional estabelecida no §4º do artigo 5º, e da federalização dos crimes contra direitos humanos, apontando, justamente, o fato de o Brasil ser apontado internacionalmente como um país em que os direitos humanos são frequentemente violados:

O SR. JOSÉ JORGE (PFL – PE. Sem apanhamento taquigráfico) (...) Sr. Presidente, Sr^{as} e Srs. Senadores, **gostaria, agora, de destacar alguns pontos que me parecem ser os mais relevantes da reforma do Judiciário. O primeiro é a elevação dos tratados e convenções relativos a direitos humanos ao status de emenda constitucional.** A partir de agora, quando aprovados em dois turnos, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. A medida assegura maior efetividade ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos. O segundo ponto é a sujeição do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação o País tenha manifestado adesão. Como observaram Cláudio Fonteles, Procurador-Geral da República, e Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, a regra contribui para a efetiva punição dos crimes cometidos em detrimento dos direitos humanos, permitindo a aplicação das sanções sem o óbice da territorialidade. O terceiro ponto é a federalização dos crimes relativos a direitos humanos. **Apesar dos avanços que temos verificado nos últimos anos, o Brasil é apontado, por entidades como a Anistia Internacional, como país onde os direitos humanos são violados com freqüência.** Assim, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, e para assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, o Procurador-Geral da República poderá suscitar incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo (SENADO FEDERAL, DSF, julho de 2004, p. 21413- 21414) (destaques acrescentados).

Nesta mesma sessão do dia 7 de julho de 2004, o Relator da CCJ informou que o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho enviou correspondência elogiando o relatório quanto ao reconhecimento do status de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos:

O SR. JOSÉ JORGE (PFL – PE. Sem apanhamento taquigráfico) (...) foi, portanto, com muita satisfação que recebi correspondência da lavra do Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Francisco Fausto Paula de Medeiros. De acordo com ele, “O relatório do Senador José Jorge consegue atender às aspirações dos diversos segmentos da sociedade, no que concerne à estrutura do Poder Judiciário, além de trazer ele antiga aspiração da comunidade internacional, ao reconhecer aos tratados e convenções internacionais, sobre direitos humanos, condições de status equivalente às emendas constitucionais (SENADO FEDERAL, DSF, julho de 2004, p. 21413).

Na sessão solene conjunta do Senado Federal e da Câmara dos deputados destinada à promulgação da PEC 29/2000 como Emenda Constitucional 45 de 2004, o Senador José Jorge novamente destacou a atribuição de equivalência de emenda constitucional para os tratados internacionais sobre direitos humanos como um dispositivo da reforma que “traduz modernização do nosso sistema jurídico e assegura maior efetividade ao sistema de proteção internacional desses direitos” (CONGRESSO NACIONAL, DCN, dezembro de 2004, p. 2588).

Antes da Emenda Constitucional 45 de 2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos eram aprovados por meio de Decreto Legislativo e por maioria simples, conforme disposições do inciso I do artigo 49 da Constituição. Essa forma de aprovação levou a controvérsias jurisprudenciais sobre qual seria a hierarquia interna desses tratados, se infraconstitucional ou constitucional (MAZZUOLI, 2011, p. 33).

Com a promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004 que inseriu o §3º no artigo 5º, a Constituição passou a prever duas maneiras distintas para a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: a inclusão do novo parágrafo determinando a possibilidade de serem aprovadas com o quórum de emenda constitucional, e, portanto, sendo atribuído ao tratado o mesmo status que aquelas; e a manutenção do §2º que já previa uma cláusula de materialidade aberta com direitos inominados, ao dispor que

os direitos e garantias elencados na Constituição não excluem outros direitos e garantias inclusive aqueles estabelecidos em tratados internacionais.

Em estudo realizado pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados e disponível pra consulta na biblioteca digital da Câmara dos Deputados, o que se percebe é uma perspectiva institucional de que a inserção do §3º no artigo 5º veio para resolver a controvérsia sobre a determinação do status no ordenamento jurídico interno dos tratados internacionais sobre direitos humanos que existia com o §2º do artigo 5º. O documento também considera o §3º do artigo 5º como semelhante ao inciso 22 do artigo 75 da Constituição da Argentina:

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, vem, agora, dar nova orientação à matéria, possibilitando a conferência de *status* constitucional aos tratados de direitos humanos e permitindo, assim, possa haver distinção hierárquica entre tratados. Passa-se a admitir, portanto, a existência de tratados com *status* de norma constitucional e tratados com situação equivalente à da legislação infraconstitucional.

Muito semelhante é o dispositivo da Constituição Argentina, item 22 do art. 75, que determina quais tratados de direitos humanos, já em vigor, têm hierarquia constitucional e confere esse *status* aos tratados aprovados por dois terços dos membros de cada uma das câmaras do parlamento nacional, *quorum* para aprovação de emendas constitucionais (BANDEIRA, 2005, p.8).

Essa inspiração brasileira na reforma da Constituição Argentina não deixa de ser curiosa, uma vez que lá, a adoção de um requisito formal de internalização das normativas internacionais de direitos humanos veio acompanhada de uma integração formal ao texto constitucional dos principais tratados e convenções de direitos humanos assinados pela Argentina até aquele momento. Isso significa que a previsão de um procedimento formal de integração em uma Constituição, que já reconhecia a materialidade de tratados e convenções de direitos humanos, teve seu sentido vinculado à integração imediata das normas que existiam até aquele momento.

É importante se perguntar que papel cumpriu essa inspiração apenas de parte da solução argentina para integrar o direito internacional dos direitos humanos no caso brasileiro, uma vez que mesmo após a EC 45/2004 a controvérsia entre doutrina e jurisprudência acerca do status na ordem jurídica interna dos tratados internacionais sobre direitos humanos permaneceu. Em 2008, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados no

rito do artigo 5º, §2º possuíam status supralegal, sendo, portanto, inferiores à Constituição e superiores às leis ordinárias⁷³. Ou seja, no caso brasileiro, o acréscimo de uma exigência formal ao processo de integração das normas do direito internacional dos direitos humanos dificultou ainda mais o alcance desse desiderato.

Especificamente nesse Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, ao discutir sobre a legalidade ou ilegalidade da prisão do depositário infiel por alienação fiduciária, o STF reconheceu o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, para compatibilizar o ordenamento interno, que previa a possibilidade de prisão do depositário infiel (artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição, artigo 652 do Código Civil e Decreto Lei nº 911/1969, com o disposto no artigo 7. 7⁷⁴ da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos que proíbe a prisão civil por dívidas.

Ao atribuir caráter supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos (mantendo o caráter de lei ordinária aos tratados comuns) o Supremo Tribunal Federal contribuiu novamente para bloquear a possibilidade de integração da normativa internacional de proteção dos direitos humanos ao texto constitucional, tal qual fez ao manter a aplicação da jurisprudência da década de 1970 após a aprovação da Constituição de 1988, ignorando totalmente a existência da cláusula de materialidade aberta. O raciocínio aplicado ao caso do depositário infiel não poupou esforços para assumir uma roupagem de sofisticação argumentativa sobre a importância das normas de direitos humanos que, na realidade, corroborou para aniquilar a possibilidade de integração constitucional dessas normas, como será visto mais adiante.

⁷³ EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A; Recorrido: Luciano Cardoso Santos; Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em 20 nov. 2017).

⁷⁴ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal. (...) 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

O reconhecimento da supralegalidade fez prevalecer o disposto no Pacto San José da Costa Rica sobre o artigo 652⁷⁵ do Código Civil, que prevê a prisão do depositário infiel por até um ano, e sobre o artigo 4º⁷⁶ do Decreto Lei nº 911/1969. Por ser norma de hierarquia superior, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos teria revogado o disposto no Decreto Lei nº 911/1969 (norma posterior revoga norma anterior) e paralisado a eficácia do disposto no artigo 652 do Código Civil de 2002 (porque este é posterior à ratificação do tratado).

Quanto ao artigo 5º, inciso LXVII da Constituição⁷⁷, pela superioridade ao tratado, não foi revogado, apenas perdeu sua eficácia diante da revogação da legislação infraconstitucional que regulava o tema pela Convenção Americana. Em seus votos os Ministros fizeram constar que a atribuição de status supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos se dava com a finalidade de distinguir esses tratados dos tratados comuns e de dar um tratamento prioritário aos direitos humanos.

Já para a doutrina, para autores como Valério de Oliveira Mazzuoli, precursor no tema do controle de convencionalidade⁷⁸, os tratados internacionais de direitos humanos, independente da forma como foram internalizados no ordenamento jurídico brasileiro, se por resultado da materialidade aberta do §2º do artigo 5º ou se por quórum qualificado em dois turnos na forma §3º do artigo, têm *status materialmente* constitucional:

E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo

⁷⁵ Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

⁷⁶ A redação do artigo 4º do Decreto nº 911/1969 na época do julgamento do RE nº 466.343/SP era a seguinte: Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974).

⁷⁷ Artigo 5º LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

⁷⁸ O controle de convencionalidade é a compatibilização vertical das normas infraconstitucionais com os tratados sobre direitos humanos vigentes no país. Já a compatibilização das leis internas com os tratados comuns ratificados pelo governo, Mazzuoli chama de controle de supralegalidade. Portanto, as leis infraconstitucionais sofreriam, além do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade (em relação aos tratados de direitos humanos) e o controle de supralegalidade (em relação aos tratados comuns) (MAZZUOLI, 2011).

Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição Estivessem. É dizer, se os direitos e garantias fundamentais expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2011, p. 29)

Assim, para o autor, o que o §3º do artigo 5º trouxe foi a possibilidade de atribuir status formalmente constitucional para os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma ali determinada. Ou seja, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma do artigo 5º, §3º, para além do status material constitucional, têm status formal constitucional, porque são equivalentes a emendas constitucionais. Esse posicionamento também é defendido por pesquisadores como Flávia Piovesan (2010) e Ingo Sarlet (2015; 2006), por exemplo.

Mazzuolli também critica o §3º do artigo 5º porque ele permite criar categorias jurídicas distintas para tratados com a mesma intenção. Haveria assim, uma “desigualação de iguais” que violaria o princípio da isonomia⁷⁹. Isso porque não há uma determinação de compulsoriedade da incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos na forma do §3º do artigo 5º, de forma que ficaria à critério da discricionariedade do Congresso Nacional a escolha da forma de votação, se aprovar com o *quórum* do §2º ou do §3º do artigo 5º. Ingo Sarlet, que também aponta a ausência de determinação quanto ao caráter facultativo ou compulsório da incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos na forma do §3º do artigo 5º, posiciona-se pela interpretação teleológica e sistemática pela compulsoriedade da incorporação na forma do §3º (SARLET, 2006).

Desde a entrada em vigor da EC 45/2004 três tratados internacionais sobre direitos humanos foram incorporados na forma do §3º do artigo 5º: a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao

⁷⁹ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2º ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção direito e ciências afins; v. 4/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). Página 39.

Texto Impresso, e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância⁸⁰.

Diante da metodologia da sociologia histórica aplicada nesta pesquisa é interessante notar que os próprios legisladores, diante da conclusão da tramitação da PEC 96/1992 e da expectativa da promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004, que tramitou durante doze anos entre Câmara e Senado, reconhecem o texto promulgado como um retrato da conjuntura histórica daquele momento, visto que não foi uma reforma perfeita, mas que permitiu avanços. A exemplo da manifestação da Senadora Ana Júlia Carepa para quem “As leis são o retrato de um momento, de uma conjuntura histórica, e nós aqui aprovamos uma reforma que é o retrato de um momento, de uma conjuntura histórica que não é a perfeição, mas é muito importante” (SENADO FEDERAL, DSF, novembro de 2004, p. 36804).

A pesquisa documental, ainda que tenha explorado o universo de documentos oficiais disponíveis nos sites oficiais das casas legislativas e também enviados por e-mail, não conseguiu chegar em todas as discussões realizadas durante a tramitação da Emenda Constitucional 45 de 2004. Isso porque em diversos momentos é mencionada a realização de reuniões e acordos de líderes dos partidos, que não foram registradas em atas ou notas taquigráficas porque realizadas fora da oficialidade das sessões das comissões e do plenário. O que se conseguiu registrar foi a dimensão dos debates sobre a atribuição de hierarquia de emenda constitucional para os tratados internacionais sobre direitos humanos realizados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal e que foram oficialmente registrados em atas pelo departamento de taquigrafia.

Ao refazer o caminho da tramitação da Emenda Constitucional 45 de 2004 com foco no §3º do artigo 5º da Constituição foi possível identificar que a inserção desse tema em uma reforma ampla sobre o Poder Judiciário limitou o espaço do debate específico sobre a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos. Temas como atribuir o nome de Procurador de Justiça aos membros do Ministério Público ou a exigência de prática jurídica ou idade mínima para tomar posse como Juiz de Direito, por exemplo, geraram debates acalorados entre os legisladores que não se viu ocorrerem sobre o tema do §3º do

⁸⁰ Informação disponível em: BRASIL. Atos decorrentes do disposto no §3º, do art. 5º da Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/quadro_DEC.htm. Acesso em 15 mar. 2022.

artigo 5º. É evidente que em uma Reforma Constitucional tão ampla, determinados temas vão se destacar nos debates conforme os interesses em jogo.

É interessante observar também que em uma reforma sobre o Poder Judiciário, em que não havia no texto original disposições específicas sobre o direito internacional dos direitos humanos, o tema foi incluído após a realização de audiências públicas e se manteve, com alterações, até a promulgação do texto final. A atribuição de equivalência de emenda constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, ou a possibilidade de instauração de incidente de deslocamento de competência para a justiça federal⁸¹ quando se estiver diante de crime contra os direitos humanos não são temas que em um primeiro momento afetam a estrutura do poder judiciário, mas refletem a forma como os direitos humanos que são garantidos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil merecem proteção jurídica interna.

A ausência de longos debates acerca da inclusão do §3º do artigo 5º na Comissão Especial da Câmara dos Deputados permite concluir que houve uma aceitação da proposta do Ministro Celso de Mello com a redação dada pela Deputada relatora, com apenas algumas manifestações pontuais contrárias ou dúvidas sobre como a atribuição de equivalência de emenda constitucional ocorreria na prática. Nota-se que mesmo entre os legisladores não havia uma definição sobre o que significava atribuir equivalência de emenda constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Esse cenário indica o protagonismo do STF em uma espécie de bloqueio duplo à internalização do direito internacional dos direitos humanos: primeiro, por ignorar o advento da nova Constituição em 1988 e manter a aplicação da jurisprudência de 1977, que considerava a equivalência entre tratados e convenções internacionais de qualquer natureza e leis ordinárias; depois, ao decidir, por maioria, a interpretação de que os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados

⁸¹ "Art. 109.
V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

.....
§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal." (NR)

na forma do §2º do artigo 5º possuem hierarquia supralegal, de forma que já que todas as normas anteriores à Emenda Constitucional 45 de 2004 passaram a ser consideradas normas supralegais a partir da decisão da Corte sobre o caso do depositário infiel. Destaca-se ainda o que a sugestão da reforma constitucional que levou à inclusão do §3º do artigo 5º foi realizada pelo Ministro Celso de Mello, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, representando a Corte na audiência pública realizada na Câmara dos Deputados. A proposta de Celso de Mello foi de uma reforma ao modo de internalização dos tratados de direitos humanos na ordem constitucional inspirada apenas parcialmente na reforma Argentina.

Por fim, chama atenção a manifestação da CCJ do Senado Federal no Parecer 1.035 de 2002 em que, ao justificar a rejeição de uma emenda, afirma que Emendas Constitucionais e os tratados internacionais “são hoje, e continuarão sendo, espécies infraconstitucionais” (SENADO FEDERAL, DSF, novembro de 2002, p. 21080). Enquanto que a manifestação que originou a inclusão do §3º do artigo 5º tinha como fundamento justamente a atribuição de “outorga explícita de hierarquia constitucional” aos tratados internacionais sobre direitos humanos (STJ. 1999b, p. 456). É arriscado afirmar qual foi a vontade e intenção do legislador ao redigir a norma porque há manifestações de entendimentos diferentes ao longo da tramitação da EC 45/2004 como PEC na Câmara e no Senado.

Cumprе mencionar, ainda que não seja o objeto desta pesquisa, que o debate acerca dos tratados internacionais sobre direitos humanos que se deu no âmbito da discussão acerca da atribuição de competência da Justiça Federal para processar e julgar crimes contra os direitos humanos foi centrado muito mais em questões administrativas e procedimentais, do que um debate acerca da necessidade de proteção dos direitos humanos garantidos nos tratados. Os debates ficaram em torno de temas como a capacidade da Justiça Federal abranger também essa competência – se há pessoal suficiente, necessidade de mais varas da justiça federal, etc – ou da defesa de que a Justiça Estadual teria melhores condições de processar e julgar essas causas.

Considerando a utilização da estratégia da comparação individualizadora dentro do método da sociologia histórica entre os casos brasileiro e o argentino, destaca-se que a atribuição de equivalência de emenda constitucional aos tratados

internacionais sobre direitos humanos foi totalmente inspirada no artigo 75 inciso 22 inserido na Constituição Argentina na Reforma de 1994, mesmo que o reconhecimento de tratados e convenções de direitos humanos incorporados à Constituição também no artigo 75 tenha sido ignorado. Primeiro, com a sugestão da atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos pelo Ministro Celso de Mello, então Presidente do STF. E, segundo, pela própria justificativa da deputada Zulaiê Cobra, relatora da Comissão Especial na Câmara dos Deputados, ao apresentar em seu relatório do substitutivo da comissão o §3º do artigo 5º.

Além disso, foram realizadas menções à Reforma Constitucional da *Constitución de la Nación Argentina* realizada em 1994 quanto a outros temas, como sobre a criação de um órgão de controle externo do Poder Judiciário Argentino, o Conselho de Administração da Justiça, e o reconhecimento da supremacia das normas de direito comunitário no plano internacional sobre as normas infraconstitucionais no plano interno, por exemplo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, DETAQ, maio de 1999; e setembro de 1999).

3.3. O Supremo Tribunal Federal: a estrutura de permanência da República brasileira.

Como visto no tópico anterior, o STF teve um papel de protagonismo na secundarização da aplicação do direito internacional dos direitos humanos no Brasil, seja por ignorar a cláusula de abertura constitucional, seja por contribuir diretamente para a inclusão de um requisito formal para a internalização destas normas ao ordenamento constitucional brasileiro. A identificação desse protagonismo precisa ser melhor compreendida a partir da estruturação e atuação da Corte no período de redemocratização do país, que é o que será feito nos tópicos subsequentes. Para a melhor compreensão da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação do direito internacional dos direitos humanos, é necessário, inicialmente, compreender a estrutura e o funcionamento da Corte, bem como conhecer um pouco da sua história.

3.3.1. Histórico, estrutura e funcionamento:

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro. Foi a partir da Constituição de 1891 que o Supremo Tribunal Federal teve sua instituição prevista tendo iniciado a atuação naquele mesmo ano. A denominação “Supremo Tribunal Federal”, no entanto, já havia sido adotada na Constituição Provisória de 1890 e posteriormente no Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890, que determinava a organização da Justiça Federal.

Ao longo do tempo, o número de Ministros do STF mudou por diversas razões. Na sua origem, o STF era composto por quinze juízes, todos nomeados pelo Presidente da República e também aprovados posteriormente pelo Senado Federal. O número de Ministros do STF foi reduzido de quinze para onze em 1931 pelo Governo Provisório, por meio do Decreto 19.656 de 3 de fevereiro de 1931. Com a Constituição de 1934, o STF teve sua denominação alterada para “Corte Suprema”. Já a Constituição de 1937 retomou a denominação Supremo Tribunal Federal e tanto na Constituição de 1934 como na de 1937 e na Constituição de 1946, foi mantido o número de 11 Ministros (MELLO, 2014).

A mudança no número de Ministros que compõem o STF que pode ser considerada mais significativa foi a que ocorreu por determinação do Ato Institucional nº 2 em de 27 de outubro de 1965, durante a ditadura civil-militar. O AI 2 aumentou o número de Ministros de onze para dezesseis, por meio de seu artigo 6º, que alterou o artigo 98 da Constituição, que passou a ter a seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros.”

Essa alteração, na época, significou uma tentativa de interferência do regime militar na composição do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, no período que antecedeu a edição do Ato Institucional nº 2, o STF julgou processos de maneira contrária aos interesses dos militares que controlavam o executivo. Havia uma forte pressão para que fosse realizada uma intervenção no STF. Conforme aponta Otávio Valério em sua dissertação de mestrado que analisou a relação entre o STF e os militares no período da ditadura, a concessão de *habeas corpus* em favor de políticos presos com base em inquéritos policiais militares foram o maior motivo dos atritos entre o STF e o governo militar no período:

A desconfiança da linha dura e as pressões por uma interferência no STF cresciam na razão direta da concessão de habeas corpus em favor de políticos e comunistas presos com base em inquéritos policiais militares (IPMs). Estes habeas corpus foram, sem dúvida, o maior motivo de atritos entre STF e executivo militar durante os anos de 1964 a 1968 (VALÉRIO, 2010, p. 89)

Além disso, havia uma preocupação com a composição do STF e a imparcialidade dos ministros que haviam sido indicados por políticos que os militares acusavam ser comunistas e corruptos, em especial quanto aos ministros indicados por João Goulart – Hermes Lima e Evandro Cavalcanti Lins e Silva – e Juscelino Kubitschek – Cândido Motta Filho, Antônio Martins Villas Boas, Antônio Gonçalves de Oliveira e Vitor Nunes Leal. Além destes, integravam o STF os Ministros Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa e Antônio Carlos Lafayette de Andrada, indicados por José Linhares, Hahnemann Guimarães e Luiz Gallotti, indicados por Eurico Gaspar Dutra, e Pedro Rodovalho Marcondes Chaves indicado por Jânio Quadros (VALÉRIO, 2010, p. 87; CARVALHO, 2017, p. 5). A alteração do número de ministros do STF se deu em meio a um debate que já ocorria acerca de uma reforma do Poder Judiciário, na qual o próprio STF se posicionou de forma contrária ao aumento do número de ministros (VALÉRIO, 2010, p. 121).

No entanto, para o regime militar, manter a composição do STF da forma que estava não era uma opção em razão das constantes decisões contrárias ao regime. Assim, haviam duas opções institucionalizadas para interferir na composição da Corte: a primeira era aposentar aqueles Ministros que a linha dura considerava ideologicamente incompatíveis com a “revolução”, a segunda era aumentar o número de Ministros do STF para que assim diminuísse o peso do voto de cada um dos onze que já ocupavam uma cadeira na Corte. Entre as duas opções, o presidente Castello Branco optou pela segunda, uma vez que poderia ser justificada como uma reforma necessária para descongestionar a pauta do STF (VALÉRIO, 2010, pp. 131-132). A alocação dos novos Ministros foi definida internamente pelo próprio STF, de forma que os cinco Ministros nomeados com base no AI 2 foram designados de forma a não constituir maioria em nenhuma turma. Assim, naquele momento, os resultados da tentativa de obter maioria de Ministros favoráveis ao regime com a indicação de cinco novos Ministros autorizada pelo Ato Institucional nº 2 não foram imediatos (VALÉRIO, 2010).

No entanto, além do aumento do número de Ministros de onze para dezesseis por meio Ato Institucional nº 2, o regime militar acabou também interferindo na composição do STF por meio da determinação de aposentadoria compulsória dos ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima, e Evandro Lins e Silva, autorizada pelo Ato Institucional nº 5⁸². A determinação de aposentadoria compulsória daqueles Ministros resultou na decisão de saída dos Ministros Gonçalves de Oliveira e Lafayette de Andrada que não concordaram com a aposentadoria compulsória imposta aos seus colegas, além da saída o Ministro Adauto Lúcio Costa que deixou o STF por discordar da lei de censura prévia (OLIVEIRA, 2014).

Assim, os militares lograram alcançar a maioria no STF, tendo indicado os Ministros Adalício Coelho Nogueira, José Eduardo Prado Kelly, Oswaldo Trigueiro de Albuquerque Mello, Aliomar de Andrade Baleeiro e Carlos Medeiros Silva para ocuparem as cinco vagas criadas pelo Ato Institucional nº 2 (CARVALHO, 2017, p.5). Após o Ato Institucional nº 5 e a aposentadoria compulsória de três ministros e a renúncia de mais três ministros, o Ato Institucional nº 6 alterou novamente o a composição do STF, que voltou a ser de onze Ministros.

Para os fins da presente pesquisa se destaca no histórico do STF a manutenção da composição da Corte no período de transição, questão relevante para a análise das decisões envolvendo tratados internacionais sobre direitos humanos julgadas pelo STF que será realizada na sequência. Este é um fator que diferencia os processos de transição política do Brasil e da Argentina, uma vez que a composição da *Corte Suprema de Justicia de La Nación* foi alterada e todos os ministros indicados no período autoritário foram destituídos de seus cargos (PEREIRA, 2010, p. 238).

É importante neste espaço registrar também a forma de escolha dos ministros, organização interna e competência do Tribunal. Cada uma dessas informações são características que particularizam o STF e refletem também nas

⁸² O §1º do artigo 6º do Ato Institucional nº 5 autorizava o Presidente da República aposentar mediante decreto os titulares das garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade que foram suspensas pelo próprio AI 5: “§ 1º - O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.”

suas decisões. No caso de uma pesquisa comparada como esta, é preciso ter essa individualização das diferenças entre os Tribunais que serão comparados.

Hoje o STF é composto por onze Ministros. Os requisitos para ser indicado para ocupar uma das onze cadeiras no STF são: ser brasileiro nato – conforme determina o artigo 12, §3º, inciso IV da Constituição – ter mais de 35 e menos de 70 anos de idade, possuir notável saber jurídico e reputação ilibada, nos termos do artigo 101 da Constituição. Esta escolha é um procedimento que passa por decisão política do Presidente da República e do Senado Federal. Isso porque o Presidente da República indica um nome para assumir o cargo e este indicado ou indicada deverá ser aprovado pela maioria absoluta do Senado Federal após realização de sabatina a fim de confirmar a capacidade para ocupar o cargo de Ministro do STF, nos termos do parágrafo único do artigo 101 da Constituição.

Uma vez que o indicado pelo Presidente da República tem a aprovação do Senado Federal e toma posse no cargo, poderá permanecer nele até completar setenta e cinco anos de idade, ocasião em que ocorre a finalização do mandato de Ministro em razão da aposentadoria compulsória (artigo 40, §1º, inciso II da Constituição Federal). Ou seja, o mandato de Ministro no STF não possui prazo e encerra-se obrigatoriamente apenas com a aposentadoria compulsória.

Internamente o STF se divide em três órgãos: (i.) o Tribunal Plenário; (ii.) as Turmas, e o (iii.) Presidente, conforme dispõe o artigo 3º do Regimento Interno do STF (RISTF). O Tribunal Plenário é composto por todos os onze Ministros e as duas Turmas são compostas por cinco Ministros cada, sendo cada Turma presidida pelo Ministro mais antigo entre os membros (artigo 4º, RISTF).

A Constituição Federal de 1988, redigida e promulgada após o período autoritário, salientou a competência precípua do STF de guarda da Constituição no artigo 102, que elenca também as competências da Corte. O Supremo Tribunal Federal agrega a função de Corte Constitucional, a função de tribunal de última instância para recursos em que se alega a violação à norma constitucional e a função de competência originária para o julgamento de réus com Foro por Prerrogativa de Função. A análise das decisões do STF sobre tratados internacionais de direitos humanos envolveu decisões proferidas pela Corte no exercício das duas primeiras funções.

Importa destacar que no sistema constitucional brasileiro o controle de constitucionalidade judicial é híbrido e pode ser difuso por via incidental ou concentrado por via principal. É no controle concentrado de constitucionalidade que o STF exerce a sua função de Corte Constitucional⁸³ (BARROSO, 2016).

3.3.2. Análise das decisões do STF

A análise das decisões foi realizada em duas etapas. A primeira etapa é uma análise quantitativa que tem como finalidade apenas verificar numericamente o número de decisões do STF sobre tratados internacionais de direitos humanos para poder comparar a recorrência desses resultados com os julgados da CSJN e também comparar internamente o STF antes da Emenda Constitucional 45 de 2004 e depois da EC/45 de 2004. A segunda etapa é uma análise qualitativa de decisões selecionadas, casos paradigmáticos, um para o período anterior à inclusão do §3º do artigo 5º e outro após a inclusão do §3º no artigo 5º da Constituição.

Para a etapa quantitativa foi realizada pesquisa no sistema de busca de jurisprudência do STF pelos termos de busca: “abertura constitucional” “direito internacional dos direitos humanos”, “tratados internacionais de direitos humanos” e “tratados internacionais sobre direitos humanos” entre aspas para que a busca ocorresse pela frase completa. Como resultado quantitativo das buscas, se obteve um resultado para abertura constitucional, dezenove resultados para direito internacional dos direitos humanos, dezesseis resultados para o termo tratados internacionais de direitos humanos e quatro resultados para tratados internacionais sobre direitos humanos. O período temporal da pesquisa de jurisprudência foi entre a data da promulgação da Constituição de 1988 até 31 de dezembro de 2021.

Os resultados foram separados temporalmente tendo como marco a Emenda Constitucional 45 de 2004 que inseriu o §3º no artigo 5º da Constituição. Do total de decisões, apenas duas eram anteriores à publicação da EC/45 de 2004, todas as demais eram posteriores. Uma das decisões anteriores à EC/45 de 2004 foi a Ext. nº 783 QO-QO / ME julgada em 28 de novembro de 2001 e trata-se de um processo de

⁸³ O Controle concentrado de constitucionalidade por via direta no âmbito do STF se dá por meio das seguintes ações: (i.) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, 'a' CF/1988); (ii.) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF/1988). (iii.) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, 'a' CF/1988); (iv.) ação direta interventiva (art. 36, III, CF/1988); e (v.) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 103, §1º CF/1988).

extradição de uma cidadã mexicana. O debate sobre o direito internacional dos direitos humanos no acórdão se dá em face da Legislação Ordinária brasileira, não havendo debate sobre a hierarquia interna e sobre a relação destes tratados com a Constituição. Por essa razão a decisão escolhida para realizar a análise qualitativa das decisões anteriores à inclusão do §3º no artigo 5º da Constituição foi o HC 81319 / GO julgado em 24 de abril de 2002. Já para a seleção da decisão representativa do período após a inclusão do §3º do artigo 5º na Constituição foi escolhido o caso paradigmático sobre a constitucionalidade da prisão do depositário infiel, o RE 466343/SP julgado em 03 de dezembro de 2008 e que foi um dos resultados da pesquisa quantitativa para o termo de busca “direito internacional dos direitos humanos”.

A análise qualitativa foi realizada com a finalidade de identificar a diferença na forma de aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelo STF quando somente havia a cláusula de materialidade aberta do §2º do artigo 5º da Constituição e após a inclusão do §3º ao artigo 5º da Constituição que atribuiu hierarquia equivalente às emendas constitucionais aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Tanto o Habeas Corpus 81319/GO julgado em 24 de abril de 2002 como o Recurso Extraordinário 466343/SP julgado em 03 de dezembro de 2008 tratam da prisão civil por dívidas do depositário fiduciante equiparado ao depositário infiel. O que se verifica na análise das duas decisões é uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema que se deve à inclusão do §3º do artigo 5º na Constituição pela Emenda Constitucional 45 de 2004.

No julgamento do Habeas Corpus 81319/GO o STF decidiu pela legitimidade constitucional da prisão civil do devedor fiduciante e pela subordinação dos tratados internacionais à Constituição, nos seguintes termos:

A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que previstas pelo DL Nº 911/69, revestem-se de plena legitimidade constitucional e não transgride o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) (...)

A possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (art. 5ºm LXVII). A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de

limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

A ordem constitucional vigente no Brasil – que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - **não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer no plano interno a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República** (destaques acrescidos) (HC nº 81.319/GO, Relator: Min. Celso de Mello)

Destaca-se que o relator deste Habeas Corpus foi o Ministro Celso de Mello, que em 1999, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal em audiência pública da Comissão Especial da PEC 96/1992 trouxe a sugestão de atribuir expressamente hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos na forma como foi realizada pela Argentina na Reforma Constitucional de 1994. O atual §3º do artigo 5º da Constituição passou a constar nos projetos de redação da PEC 96/1992 após a sugestão de Celso de Mello.

Em seu voto no Habeas Corpus 81319/GO o Ministro Celso de Mello fez constar que no sistema jurídico brasileiro os tratados internacionais estão situados no mesmo plano e grau de eficácia em que as leis ordinárias, nos termos da jurisprudência do STF e que o § 2º do artigo 5º não pode ser interpretado no sentido de existir primazia hierárquica dos tratados sobre o direito interno;

Impõe-se acentuar, neste ponto, que não há como emprestar à cláusula inscrita no art. 5º, §2º, da Carta Política um sentido exegético que condicione ou que iniba, ou até mesmo, que virtualmente impossibilite o Congresso Nacional de exercer, em plenitude, as típicas funções institucionais que lhe foram deferidas pelo documento constitucional, especial quando este outorga ao Poder Legislativo expressa autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (HC nº 81.319/GO, Relator: Min. Celso de Mello).

O Pacto de San José da Costa Rica seria, portanto, apenas peça complementar na tutela dos direitos humanos, mas sem primazia sobre o direito interno sob o argumento de que no modelo constitucional vigente no Brasil não admite essa possibilidade:

Inexiste, contudo, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a

ordem normativa externa não se puperpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República

Desse modo, a relação de eventual antinomia entre o tratado internacional e a Constituição da República impõe que se atribua, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil, irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional HC nº 81.319/GO, Relator: Min. Celso de Mello, p.214)

Contudo, Celso de Mello também fez constar em seu voto que a situação seria diferente se a Constituição do Brasil tivesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos, como fez a constituição da Argentina após a reforma de 1994, bem como mencionou a tendência de atribuir primazia aos tratados internacionais sobre direitos humanos em relação as leis internas:

Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil – à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina de 1853, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, n. 22) – houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos.

Cabe acentuar, neste ponto, **que já se registra**, no plano do direito comparado, **uma clara tendência** no sentido de os ordenamentos constitucionais dos diversos países conferirem **primazia jurídica** aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas, **notadamente** quando se tratar de convenções internacionais **sobre direitos humanos**. (grifos no original) HC nº 81.319/GO, Relator: Min. Celso de Mello, p.19).

O STF também deixou registrado no acórdão do Habeas Corpus 81319/GO o desejo de que o Congresso Nacional viesse a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos da forma que ocorre na Argentina e em outros países:

Revela-se altamente desejável, no entanto, “*de jure constituendo*”, que **à semelhança** do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, **v.g.**), o Congresso Nacional **venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos** celebrados pelo Estado Brasileiro. **Considerações** em torno desse tema. (destaques no original) (HC nº 81.319/GO, Relator: Min. Celso de Mello, p.2).

Em 1992 Celos de Mello posicionou-se pela necessidade de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos em audiência pública da PEC 96/1992. Contudo, em sua atuação jurisdicional votou pela primazia da Constituição sobre estes tratados em 2002. A sugestão da necessidade de outorgar hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos

humanos manifestada em 1999 é muito mais favorável aos direitos humanos que os fundamentos que declararam a legitimidade constitucional da prisão civil do depositário infiel.

Apesar desses posicionamentos divergentes em momentos distintos, percebe-se que o Ministro mantinha o seu entendimento pela necessidade de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos ao mencionar a Argentina como exemplo e fazer constar a sugestão de outorga de hierarquia constitucional a estes tratados pelo Congresso Nacional. Ou seja, a posição de Celso de Mello era pela atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos celebrados pelo Brasil, contudo, no momento do julgamento do Habeas Corpus 81319/GO e sob o texto do §2º do artigo 5º, seu entendimento era de que a alteração deveria se dar por meio do poder legislativo e não por meio de uma interpretação da Constituição pelo STF.

A maioria dos ministros do STF acompanhou o voto do Relator Celso de Mello⁸⁴. O Ministro Carlos Velloso divergiu do voto do Ministro Relator ao se posicionar pela incompatibilidade da prisão do depositário fiduciante com a própria Constituição – que autorizaria apenas a prisão do depositário infiel - e com o Pacto San José da Costa Rica, sem entrar no ponto sobre a hierarquia da Constituição ou do Tratado. O Ministro Marco Aurélio acompanhou o voto divergente do Ministro Carlos Velloso.

Em 2008, no julgamento do RE 466343/SP o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento interno brasileiro mudou. O Relator do RE 466343/SP foi o Ministro Cezar Peluso que em seu voto inicialmente não entrou no tema da relação entre o Pacto San José da Costa Rica e a Constituição brasileira. Contudo, aditou seu voto e depois o confirmou. No aditamento ao voto registrou seu posicionamento sobre reconhecer o caráter supralegal ou o caráter constitucional aos tratados internacionais. Na confirmação de voto posicionou-se pelo entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do §2º do artigo

⁸⁴ A decisão final do julgamento foi assim registrada no extrato de ata “Decisão: por unanimidade o Tribunal rejeitou a preliminar do Ministério Público de inadmissibilidade do habeas corpus e, por maioria, indeferiu a ordem, vencidos os senhos Ministros Carlos Velloso e o Presidente , o Senhor Ministro Marco Aurélio, concedendo, no entanto, por unanimidade, habeas de ofício, para o fim de, afastada a prejudicialidade de inconstitucionalidade, determinar que o Tribunal de Justiça do Estado prossiga no exame dos demais fundamentos. Reajusto, parcialmente, o voto, o Senhor Ministro Celso de Mello, Relator.”

5º são materialmente constitucionais e os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do §3º do artigo 5º são formalmente e materialmente constitucionais:

E é possível extrair da conjugação dos §§ 2º e 3º do art. 5º que o que temos aí é, pura e simplesmente, uma distinção entre os tratados sem status de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os do § 3º, que são material e formalmente constitucionais. Qual a substância da distinção? A de regimes jurídicos. Com qual consequência? Com uma única consequência: saber os efeitos ou os requisitos do ato de denúncia pelo qual o Estado pode desligar-se dos seus compromissos internacionais. Esta é a única relevância na distinção entre as hipóteses do § 2º e do § 3º. E acho que o Tribunal não deve, com o devido respeito, ter receio de perquirir qual a extensão dos direitos fundamentais, até porque eles são históricos. Ou seja, é preciso que a Corte, no curso da história, diante de fatos concretos, vá descobrindo e revelando os direitos humanos que estejam previstos nos tratados internacionais, enquanto objeto da nossa interpretação, e lhes dispense a necessária tutela jurídico-constitucional (RE nº 466.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, p 200).

Diferentemente do posicionamento pela primazia da Constituição sobre os tratados internacionais sobre direitos humanos adotada no julgamento do HC 81319/GO, o Ministro Celso de Mello posicionou-se pela atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, considerando a inclusão do §3º do artigo 5º pela Emenda Constitucional 45/2004. Novamente o artigo 22, inciso 75 da Constituição da Argentina foi mencionado para demonstrar a tendência internacional à constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos:

Como precedentemente salientei neste voto, e após detida reflexão em tomo dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional.

(...)

A Constituição argentina de 1853, por sua vez, com as inovações introduzidas pela reforma de 1994, atribuiu hierarquia constitucional a determinados tratados internacionais que versem o tema dos direitos humanos (Artigo 75, n. 22).

Vê-se, portanto, que já se esboça, no plano do direito constitucional comparado, uma significativa tendência contemporânea que busca conferir verdadeira equiparação normativa aos tratados internacionais de direitos humanos em face das próprias Constituições políticas dos Estados, atribuindo, a tais convenções internacionais, força e autoridade de norma constitucional (...) (RE nº 466.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, p. 150, p; 153).

Em seu voto, Celso de Mello acolheu o posicionamento doutrinário – como o adotado por Antônio Cançado Trindade, Valério de Oliveira Mazzuoli e Fátia Piovesan - que atribui natureza constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos independente da aprovação na forma do §2º ou do §3º do artigo 5º da Constituição, porque todos se revestem de caráter materialmente constitucional, e reconheceu três situações distintas possíveis, abaixo reproduzidas:

- (1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5a da Constituição);
- (2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o "iter" procedimental estabelecido pelo § 3s do art. 5º da Constituição); e
- (3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é "*a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados*") (RE nº 466.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, p. 133).

Celso de Mello fez menção a sua participação na audiência pública da Comissão Especial da Reforma do Poder Judiciário em que sugeriu a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos para superar a polêmica entre doutrina e jurisprudência acerca do alcance do §2º do artigo 5º da Constituição:

Quando Presidente do Supremo Tribunal Federal (1997/1999), tive a honra de ver acolhida, pela eminente Deputada Zulaiê Cobra, então Relatora da Comissão Especial da Reforma do Poder Judiciário, em Substitutivo que ofereceu à PEC nº 96/92, proposta que sugeri àquela Comissão da Câmara dos Deputados, no sentido de conferir qualificação jurídico-constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, objetivando, com tal sugestão, superar a polêmica doutrinária e jurisprudencial em torno do alcance do § 2º do art. 5º da Constituição (RE nº 466.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, p. 143).

Sustentou que a introdução do §3º do artigo 5º da Constituição induziu a Corte a rever seu posicionamento sobre o tema:

É que como já referido, a superveniência, em dezembro de 2004, da EC nº 45 introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil.

Vale dizer, essa nova percepção crítica, legitimada pelo advento da EC nº 45/2004 - que introduziu um novo paradigma no cenário nacional - estimula novas reflexões, por parte do Supremo Tribunal Federal, em torno das relações da ordem jurídica interna brasileira com o direito internacional em matéria de direitos humanos.

A referida Emenda refletiu clara tendência que já se registrava no plano do direito comparado no sentido de os ordenamentos constitucionais dos diversos Países conferirem primazia jurídica aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas, notadamente quando se tratasse de convenções internacionais sobre direitos humanos, às quais se atribui hierarquia constitucional (RE nº 466.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, p. 157).

Com base no seu posicionamento da hierarquia constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, conheceu do Recurso Extraordinário do Banco Bradesco S/A para negar seguimento ao recurso. Verifica-se, portanto, que o Ministro Celso de Mello manteve o posicionamento mais favorável ao direito internacional dos direitos humanos já manifestado em 1999.

No entanto, a tese fixada no julgamento deste recurso não foi a manifestada no voto do Ministro Celso de Mello e sim a tese da Supralegalidade trazida pelo Ministro Gilmar Mendes. O status supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do §2º do artigo 5º da Constituição significa que estes possuem hierarquia superior às leis ordinárias e inferior à Constituição. Houve, portanto, uma diferenciação entre a hierarquia no ordenamento jurídico interno atribuída aos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do §2º e a aprovados na forma do §3º do artigo 5º da Constituição:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (RE nº 466.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, p. 59).

O Ministro Gilmar Mendes fundamentou a tese da Supralegalidade no entendimento, por um lado, de que o §3º do artigo 5º inserido pela EC 45/2004 - ao atribuir equivalência de emenda constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos e prever o quórum de aprovação de emenda constitucional - foi uma “declaração eloquente” de que os tratados já ratificados pelo Brasil na forma do §2º do artigo 5º, antes da EC 45/2004, “não podem ser comparados às normas Constitucionais” (RE nº 466.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, p. 39). Por outro lado, a tese da Supralegalidade também foi fundamentada no entendimento de que com a previsão de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do §3º do artigo 5º da Constituição a tese da legalidade ordinária para estes tratados se tornou insuficiente, sendo anacrônica, e que a jurisprudência anterior da Corte está defasada, declarando que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente” (RE nº 466.343/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, p. 47).

Foi manifestada, ainda, a possibilidade de o legislador submeter o Pacto San José da Costa Rica, assim como outros tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do §2º do artigo 5º, ao procedimento e quórum de aprovação previsto no §3º do artigo 5º para que estes passem a ter status de emenda constitucional.

A atribuição da Supralegalidade em aplicação naquele caso concreto resultou na prevalência do disposto no Pacto San José da Costa Rica sobre o artigo 652⁸⁵ do Código Civil, que prevê a prisão do depositário infiel por até um ano, e sobre o artigo 4⁸⁶ do Decreto Lei nº 911/1969, na paralisação da eficácia do disposto no artigo 652 do Código Civil de 2002 (porque este é posterior à ratificação do tratado), que levou também a paralisação da eficácia do artigo 5º, inciso LXVII da Constituição, porque a legislação infraconstitucional que o regulava foi revogada.

Assim, no julgamento do RE 466343/SP o STF adotou posicionamento distinto do adotado no Habeas Corpus 81319/GO julgado em 24 de abril de 2002. Esse posicionamento pelo reconhecimento da ilicitude da prisão civil do depositário

⁸⁵ Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

⁸⁶ A redação do artigo 4º do Decreto nº 911/1969 na época do julgamento do RE nº 466.343/SP era a seguinte: Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974).

infiel se deu em razão do §3º do artigo 5º da Constituição inserido pela EC/45 de 2004. Contudo, a forma como a tese foi fixada fez com que o STF restringisse a possibilidade de aplicação do direito internacional dos direitos humanos com hierarquia constitucional no Brasil porque limitou a amplitude do alcance do §3º do artigo 5º e restringiu a interpretação acerca da materialidade constitucional do §2º do artigo 5º da Constituição.

4. O CASO ARGENTINO

Neste capítulo o enfoque se dá no caso da Argentina. Dividido em três partes inicia com a contextualização da ditadura e da transição política na Argentina a fim de compreender a conjuntura que levou ao golpe de 1976, as violações aos direitos humanos perpetradas pelo estado e qual o contexto que levou à derrocada das Juntas Militares e à uma transição política por ruptura no retorno à democracia. Serão retomados os conceitos de ditadura e de transição política desenvolvidos no caso brasileiro para aplica-los ao caso argentino.

Na segunda parte deste capítulo se encontra a análise dos debates da reforma constitucional de 1994, que, ainda que não teve como resultado uma nova Constituição, é chamada de *Convención Nacional Constituyente*. Foram objeto de análise as notas taquigráficas das sessões da *Comisión de Tratados Internacionales*, da *Comisión de Redacción*, e da 3^o sessão ordinária da *Convención Nacional Constituyente*. Também foi consultado o *Reglamento de la Convención Constituyente* de 1994, a Lei nº 24.309 de 1993 que declarou a necessidade de reforma da Constituição e a Lei 24.430 de 1994 que publicou o texto oficial da reforma.

O que se espera dessa análise é identificar qual o debate realizado na época acerca da atribuição de hierarquia constitucional ao direito internacional dos direitos humanos, dado que a Constituição Argentina já possuía uma cláusula de materialidade aberta em seu artigo 33 havendo, portanto, uma abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos antes da reforma, contudo sem que houvesse normativa explícita sobre a hierarquia desses tratados. Buscou-se identificar os fundamentos favoráveis e os fundamentos contrários à abertura constitucional, considerando o contexto da transição e os reflexos das decisões políticas tomadas durante os processos de redemocratização.

A última parte deste capítulo inicia com a um histórico da *Corte Suprema de Justicia de La Nación*, considerando a sua renovação na transição política, bem como informações relevantes acerca da estrutura e funcionamento da CSJN. Na sequência a parte final deste capítulo centra-se na análise de decisões selecionadas da CSJN envolvendo a aplicação do direito internacional dos direitos humanos em suas decisões para verificar a interpretação a aplicação da cláusula que atribuiu

hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos após a reforma de 1994. Assim como no caso brasileiro, a atuação da CSJN complementa a análise sobre os debates da *Convención Constituyente*, visto que se constitui como o espaço protagonista da aplicação das normas constitucionais e, conseqüentemente, as condições de efetivação das normas do direito internacional dos direitos humanos estão atreladas a atuação institucional deste poder do estado argentino.

4.1. O contexto da ditadura e da transição política na Argentina: Terrorismo de Estado e transição por ruptura

Esta seção da dissertação tem como objetivo contextualizar o golpe militar, os marcos legais da ditadura e como se deu a derrocada das Juntas Militares e a transição por ruptura no caso argentino para realizar a comparação com o processo transicional brasileiro já contextualizado. Neste ponto serão retomados conceitos comuns ao caso argentino e ao caso brasileiro como o conceito de ditadura, o conceito de transição política, a localização do caso brasileiro e do caso argentino na terceira onda de redemocratização e a utilização de eleições e leis de anistia como mecanismos transicionais que já foram desenvolvidos no capítulo anterior. Portanto, a fim de evitar tautologia não será realizado um aprofundamento na parte geral desses temas, apenas a retomada com indicação do desenvolvimento em momento anterior. O aprofundamento será realizado naquilo que for específico da ditadura e da transição política na Argentina.

Entre 1930 e 1976 a Argentina sofreu seis golpes de estado: em 1930, 1943, 1955, 1962 e 1976. Estes golpes, cada qual com sua particularidade, em geral, removeram o governo popular e levaram ao poder setores conservadores (NINO, 2015, posição 1715). Foi um período de golpes sucedidos por retomadas democráticas, a semelhança de um movimento pendular.

O golpe militar de 24 de março de 1976, que depôs a Presidenta María Estela Martínez de Perón, conhecida como Isabel Perón⁸⁷, se deu em um contexto

⁸⁷ Isabel Perón assumiu a presidência da Argentina em julho de 1974 após o falecimento de seu marido Juan Domingo Perón, que havia sido eleito presidente da Argentina nas eleições que ocorreram em setembro de 1973 (NINO, 2015).

de avanço do autoritarismo na América Latina na segunda metade do século XX que, no Cone Sul, foi exercido por ditaduras institucionais das forças armadas (ANSALDI, GIORDANO, 2012; PERREIRA, 2010). Nesse sentido e considerando os anos da ditadura mais violenta da região que se seguiram, a tomada do poder pelos militares argentinos em 1976 não se deu como um elo na continuação das sucessivas intervenções militares iniciadas em 1930, havia a intenção de superar essa alternância entre governos civis fracos e governos militares fortes (NOVARO, PALERMO, 2007, p. 57):

O golpe de 1976 não é simplesmente um elo a mais na cadeia de intervenções militares que se iniciou em 1930. Visto à distância, o golpe inaugurou um tempo que, mais do que tudo por sua enorme força destrutiva, e apesar do fracasso de boa parte das “tarefas programáticas” que o regime se auto-atribuiu, transformaria pela raiz a sociedade, o Estado e a política na Argentina. Os militares que encabeçaram a ditadura sem dúvida mais sangrenta deste país e de toda a região conseguiram, desse modo, seu objetivo de pôr fim a uma época, ainda que viessem a demonstrar ser absolutamente incapazes de fundar uma nova (NOVARO, PALERMO, 2007, p. 26).

Conforme já mencionado no caso brasileiro, as ditaduras institucionais das forças armadas na América Latina seguiam a Doutrina de Segurança Nacional (DSN). A tomada do poder por golpes militares justificava-se na existência de um inimigo interno – que no contexto da Guerra Fria eram os comunistas - que precisava ser combatido (PEREIRA, 2010; ANSALDI; GIORDANO, 2012). No caso da Argentina em 1976, os inimigos internos a serem combatidos no golpe de 1976 eram aqueles considerados subversivos que desde o golpe de 1966 formaram grupos guerrilheiros de esquerda⁸⁸ (NOVARO, PALERMO, 2007; NINO, 2015).

O golpe se deu no contexto da alta violência e de uma crise institucional e econômica com uma inflação que não parava de subir e que o governo de Isabel Perón não conseguia controlar (NOVARO, PALERMO, 2007, pp. 23- 24). A tomada do poder pelos militares em 24 de março de 1976 se deu com a ocupação dos prédios do governo e do Congresso Nacional e a ocupação de estações de rádio e de televisão na capital e em cidades do interior. A presidenta Isabel Perón e aqueles que integravam a estrutura do seu governo foram presos. Essas prisões foram

⁸⁸ Carlos Nino (2015) destaca como grupos guerrilheiros mais importantes os seguintes: *Ejército Revolucionario del Pueblo* (ERP), *Las Fuerzas Armadas Peronistas* (FAP), *Las Fuerzas Armadas Revolucionarias* (FAR), os *Descamisados* e os *Montoneros*.

multiplicadas nos dias que se seguiram com a prisão de centenas de militantes peronistas e de esquerda, de jornalistas e de intelectuais que eram considerados suspeitos. As prisões eram realizadas por patrulhas militares que surpreendiam essas pessoas com abordagens nos locais de trabalho ou em suas casas (NOVARO, PALERMO, 2015, p. 28).

O anúncio do golpe foi realizado através dos meios de comunicação que os próprios militares haviam tomado. Os cidadãos foram comunicados que uma junta de comandantes das três armas assumia o poder político em nome do que chamaram de Processo de Reorganização Nacional, que tinha como objetivo restabelecer a ordem para então criar condições para o exercício da democracia (NOVARO, PALERMO, 2015).

A Junta Militar foi liderada pelo general Jorge Rafael Videla, que então era o chefe do Exército, e integrada por Emilio Eduardo Massera, almirante da Marinha e Orlando Ramón Agosti, brigadeiro da Força Aérea. Após nomear o general Videla como presidente da Argentina, a Junta Militar sancionou uma Ata com os propósitos e objetivos do autodenominado Processo de Reorganização Nacional. Os objetivos da junta indicados na ata eram “garantir a primazia do Estado (e alcançar a segurança nacional), promover a moralidade (que inclui o cristianismo) e a eficiência, erradicar a subversão e promover o desenvolvimento econômico”⁸⁹ (NINO, 2015, posição 1968).

A Junta Militar dissolveu o Congresso, restringiu as liberdades civis, substituiu os juízes da *Suprema Corte de Justicia de La Nación* por membros favoráveis ao golpe, retirou do cargo alguns governadores de províncias, realizou expurgos nas universidades. Em termos legais, alterou o Código Penal para incluir a pena de morte, estendeu a jurisdição das cortes militares para julgar civis, restringiu o *habeas corpus* e as atividades políticas e sindicais foram proibidas (NINO, 2015, posição 1979; PEREIRA, 2010, p. 193).

A conjuntura na qual o golpe ocorreu foi favorável aos militares argentinos. Conforme Marcos Novaro e Vicente Palermo “a desmobilização e o desânimo dos atores políticos e sindicais garantiram a passividade com que foi recebido o golpe, cumprindo de sobra com as expectativas de seus protagonistas” (2007, p. 29).

⁸⁹ Tradução livre. No original: “asegurar la primacía del Estado (y lograr la seguridad nacional, promover la moralidad (lo que incluía la cristiandad) y la eficiencia, erradicar la subversión , y promover el desarrollo económico”

Haviam grupos civis que compartilhavam do entendimento de que a gravidade da situação em que a Argentina se encontrava naquele momento “exigia respostas definitivas aplicadas por uma mão de ferro que concentrasse a soma do poder político” (NOVARO, PALERMO, 2007, p. 45).

As ditaduras institucionais das forças armadas se caracterizavam pela preocupação em dar um caráter de legalidade ao exercício do poder pelos militares, a fim de legitimar os golpes (PEREIRA, 2010, p. 53; ANSALDI; GIORDANO, 2012, 412). O estabelecimento de normas para a sucessão no exercício do poder era uma das formas de buscar isso. Nesse sentido, a ditadura militar iniciada no Brasil em 1964 foi exemplo de um governo autoritário e modernizador, de uma gestão das Forças Armadas capaz de se manter no poder para cumprir com as suas metas e que tivesse legitimação social (NOVARO, PALERMO, 2007, p. 36).

No caso argentino, a legalidade autoritária e legitimação do golpe se dava com base na doutrina da equivalência das leis de fato que havia sido reconhecida pela *Corte Suprema de Justicia de La Nación* quando no golpe de 1930 a *CSJN* reconheceu o governo golpista como legítimo porque controlava o aparato do poder coercitivo do Estado. A doutrina da lei de fato reconhecia, portanto, a capacidade dos governos de fato para sancionar leis, e a validade das leis e decretos produzidos por estes governos de fato. Em 1976 a *CSJN*, no âmbito da doutrina das leis de fato, reconheceu que os militares tinham autoridade para modificar e suspender a Constituição (NINO, 2015, posição 1828). A forma como ocorreu esse rompimento com a legalidade anterior na Argentina é considerado muito mais radical do que o modo como ocorreu no golpe brasileiro (PEREIRA, 2010).

A legalidade autoritária no caso argentino diferenciava-se do caso brasileiro quanto à utilização do poder judiciário por meio de tribunais militares para processar e julgar os presos políticos. O Brasil fez intenso uso de um judiciário autoritário para dar um ar de legitimidade às prisões e aos julgamentos dos presos políticos, conforme visto no capítulo anterior. Já a Argentina não tanto fez uso desse aparato da legalidade autoritária como o Brasil, na Argentina a violência de estado foi perpetrada na ilegalidade material e formal. Segundo Anthony Pereira, um dos motivos que levou a junta militar a dispensar o uso das estratégias legais no exercício da repressão foi o fracasso do golpe de 1966 de criar um consenso entre

os militares e o judiciário sobre como deveria ser abordada a subversão (PEREIRA, 2010, p.183).

A violência do estado também caracterizava as ditaduras institucionais das forças armadas na América Latina, que ao longo de sua duração praticaram terrorismo de Estado, tortura, homicídios, e desaparecimentos de todos daqueles que eram considerados inimigos. Na Argentina a violência praticada pelo estado ditatorial foi sem precedentes, tanto em números de mortos e desaparecidos como na ilegalidade em estes atos eram praticados. Conforme Anthony Pereira:

A guerra suja argentina representa um caminho que o regime militar brasileiro optou por não tomar. Enquanto este último usava os tribunais militares como instrumentos para a instauração de processos e julgamento de dissidentes e oponentes civil (o regime chileno usou uma variante da solução brasileira), os militares argentinos embarcaram numa guerra muito mais radical contra a subversão, que dispensou quase por completo qualquer tipo de formalidade. Na Argentina, os desaparecimentos transformaram-se num programa de larga escala e na política oficial (PEREIRA, 2010, p. 204)

O Terrorismo de Estado era praticado contra aqueles considerados subversivos, os inimigos internos comunistas. Segundo Marcos Novaro e Vicente Palermo:

Um dado relevante para identificar a 'condição subversiva' era a ideologia marxista e o esquerdismo. Entendia-se, então, que, para combater eficientemente a subversão, havia que atacá-la especialmente em sua causa primeira, o 'vírus ideológico' que era disseminado pelos marxistas, os comunistas ou criptocomunistas, os esquerdistas, os revolucionários em geral. Ainda que também os católicos terceiro-mundistas, os freudianos, os ateus e, em medida considerável, os peronistas, os liberais e os judeus representassem uma ameaça à ordem, uma vez que difundiam ideias contrárias à sua preservação, pelo que também se devia persegui-los" (NOVARO, PALERMO, 2007, pp. 115-116).

Já a subversão era definida pela Junta Militar como:

toda ação clandestina ou aberta, insidiosa ou violenta, que busca a alteração ou a destruição dos critérios morais e da forma de vida de um povo, com a finalidade de tomar o poder ou impor a partir dele uma nova forma baseada em uma escala de valores diferentes (LA NACIÓN, 1977, *apud*, NOVARO; PALERMO, 2007, p. 117).

Conforme bem observa Anthony Pereira, essa forma de repressão política por meio de abordagens radicais é encontrada em outros momentos na história da

Argentina. Gabriela Águila destaca que a repressão que se deu a partir do golpe de 1976 contra os opositores ao regime não foi uma violência que iniciou naquele momento e já existia durante o governo de Perón iniciado em 1973 (ÁGUILA, 2021, p. 627). Contudo, a ação repressiva que ocorreu a partir do golpe de 1976 foi expressivamente maior e substituiu a repressão realizada pelos grupos parapoliciais por uma repressão realizada com toda a estrutura do Estado terrorista:

ao mesmo tempo que a ação repressiva fora iniciada muito antes do golpe de Estado, tolerada e amparada pelo governo constitucional e ligada à atuação dos grupos paraestatais nos meios políticos, sindicais e educativos, tanto como uma ação das forças militares e policiais empenhadas no “combate antissubversivo”, foi apenas com o golpe de março de 1976 que aquele conquistou cotas muito maiores. As Forças Armadas assumiram o comando das ações repressivas, coordenando a atuação dos organismos de segurança em âmbito nacional e substituindo a repressão seletiva executada pelos grupos parapoliciais pela eficiente maquinaria do Estado terrorista. A partir desse momento, se organizaram e coordenaram as forças policiais e militares e a divisão territorial em corpos do Exército e zonas, como detalhamos antes, foi completada com o sistema de centros clandestinos de detenção disseminados por todo o território nacional e “grupos de tarefas” com distintos raios de atuação (ÁGUILA, 2021, p. 632).

De acordo com os dados levantados pela Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas, a CONADEP, entre 1976 e 1983 8.625 pessoas foram presas pela ditadura Argentina (CONADEP, 1984). No relatório Nunca Más, a CONADEP identificou e registrou o desaparecimento de 172 crianças, filhos de presos políticos. Os filhos dos subversivos eram considerados “parte do botim (sic) de guerra”, sequestrados ou nascidos nos centros de detenção, estes bebês e crianças eram apropriados pelo regime e dados em adoção às famílias dos militares ou dos membros que atuaram naquela tarefa (NOVARO, PALERMO, 2007, p. 147).

Hoje estima-se que cerca de 500 crianças pequenas e bebês recém nascidos que foram separados dos seus pais e mães, os quais foram vítimas da repressão da ditadura argentina, e foram ilegalmente adotados. As mães e avós dessas crianças sequestradas na ditadura iniciaram um movimento de direitos humanos chamado Mães da Praça de Maio e Avós da Praça de Maio e realizaram protestos por meio de caminhadas silenciosas todas as semanas ainda durante o governo da Junta Militar.

Os números da repressão da ditadura argentina chocam: para além dos números mencionados, estima-se que entre 20.000 e 30.000 pessoas foram desaparecidas entre 1976 e 1983. O desaparecimento de pessoas foi uma vergonhosa marca das ditaduras latino-americanas do século XX. O

desaparecimento na ditadura argentina significava uma política de extermínio realizada na ilegalidade em que ocorria o ocultamento dos corpos e o apagamento dos registros das identidades das vítimas:

A política dos desaparecimentos, nos quais os corpos eram destruídos, era útil ao regime por uma série de razões. Primeiro, ela tornava possível ao governo negar de forma plausível sua prática (...) Os desaparecimentos, além disso, intensificavam o terror em meio à população, disseminando o medo, o silêncio, a obediência e a impotência, dispersando e paralisando as massas. Por fim, os desaparecimentos evitavam a incerteza sempre presente na repressão legalista e inevitável caso os presos fossem submetidos a julgamento. Os desaparecimentos, ao contrário conseguiam contornar o sistema judicial que, desse modo, via tolhida sua capacidade de ação. Da mesma forma que o regime militar brasileiro, o regime argentino nunca aplicou oficialmente a pena de morte por ele instaurada através de emenda ao código penal (PEREIRA, 2010, p. 200).

Como a detenção das vítimas do terrorismo de Estado argentino ocorria fora dos limites da legalidade autoritária, após o sequestro essas pessoas eram enviadas para centros de detenção clandestinos. Ao todo existiram mais de 300 centros de detenção clandestinos, sendo a Escola de Mecânica da Armada, a ESMA, um dos mais conhecidos. Nestes lugares, as vítimas sofriam “tortura, humilhação e abuso sexual. Técnicas como eletrocussão, imersão e confinamento de prisioneiros em celas com cães foram utilizadas pelos militares”⁹⁰ (NINO, 2015, posição 1996).

A chamada “guerra suja” era justificada como necessária pelos militares porque se estaria lutando com “um inimigo sem uniforme e sem bandeira”⁹¹ e que em razão do inimigo não seguir as regras da guerra o governo estaria autorizado a adotar medidas extraordinárias para conter a agressão dos subversivos (NINO, 2015, posição 2026). Contudo, o termo “guerra suja” utilizado pelos militares iguala a violência praticada pelo Estado argentino e a reação daqueles que foram vítimas, de forma que sua utilização é problemática porque não representa o que de fato aconteceu. A contextualização do golpe e da ditadura na Argentina por meio da escalada de violência de Estado se faz necessária porque influenciou na forma como a questão dos direitos humanos seria vista a partir da redemocratização.

A atuação do poder judiciário para processar e julgar presos políticos na ditadura da Argentina foi muito reduzida em comparação à ditadura brasileira, foram

⁹⁰ Tradução livre. No original: ““torturas, humillaciones y abusos sexuales. Los militares utilizaban técnicas como la electrocución, la inmersión y el encierro de prisioneros en celdas con perros”

⁹¹ Tradução livre. No original: “un enemigo sin uniforme ni bandera”.

350 pessoas formalmente processadas na Argentina e mais de 7 mil pessoas processadas no Brasil. Na Argentina a atuação dos tribunais limitou-se a negar pedidos de habeas corpus, ou seja, atuavam de forma defensiva. Enquanto que no Brasil os tribunais militares foram utilizados como instrumentos da repressão política perpetrada pela ditadura (PEREIRA, 2010, p. 62). Essa diferença na forma de conduzir a repressão teve reflexos na forma diversa como se deu a transição para a democracia em cada um desses países.

No Brasil os militares fizeram mais uso da legalidade autoritária para aparentar uma legalidade formal e legitimar a existência da ditadura e os seus atos e isso, entre outros fatores já mencionados no capítulo anterior, contribuiu para que a transição no caso brasileiro fosse “negociada”, por “transformação” e conduzida pela própria ditadura (PERREIRA, 2016; TORELLY, 2012). Já na Argentina, a ausência de uma legalidade autoritária para legitimar a Junta Militar foi fator que, quando enfraquecido o regime, este não conseguiu impor sua lei de anistia, tampouco conduzir a transição política.

A conceituação teórica acerca da transição política para a democracia e suas formas foi realizada no capítulo referente ao caso brasileiro em que também foi incluído o caso argentino em algumas das classificações. Por esta razão, este aprofundamento teórico não será realizado neste capítulo e os conceitos serão retomados na medida em que forem necessários para a compreensão do tema.

Conforme mencionado no capítulo anterior, a transição é um conceito pensado para “analisar os processos que se iniciaram em uma situação de ditadura ou regime não democrático e que finalizaram em novo quadro institucional” (ANSALDI; GIORDANO, 2012, p. 504). O novo quadro institucional é marcado por características mínimas para se configurar como democrático, entre elas eleições livres e periódicas e a aprovação de uma nova Constituição (ANSALDI; GIORDANO, 2012). No caso da Argentina, a transição política para a democracia não veio acompanhada da promulgação de uma nova Carta Constitucional e foi retomada a Constituição de 1853, a qual foi reformada posteriormente em 1994.

O final da ditadura militar da Argentina tem como marco a assinatura da ata da dissolução da junta militar em 06 de dezembro de 1983. Contudo, os marcos finais e iniciais da transição iniciam e terminam aquém e além dessa data. Waldo Ansaldi e Verónica Giordano (2012) distinguem os momentos de (i.) transição da

ditadura para a democracia (ii.) a mudança de regime político e (iii.) primeiro governo pós-ditadura. Carlos Nino divide a transição política para a democracia na em quatro fases: a primeira fase entre 1980 e 1983, a segunda entre 1983 e 1985, durante o governo Alfonsín, a terceira fase em 1985 e a quarta fase entre 1985 e 1990 (NINO, 2015). A primeira fase da transição argentina definida por Carlos Nino abrange o momento da transição da ditadura para a democracia e a mudança de regime político e a segunda a terceira e a quarta fase abrangem o primeiro governo pós-ditadura. Nesta pesquisa adotamos os marcos temporais utilizados por Carlos Nino para delimitar o início e o fim da transição política para a democracia na Argentina.

O início do enfraquecimento da ditadura militar iniciou em 1980 após a pressão dos órgãos internacionais que levaram à diminuição da repressão e também da censura. Em 1979 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos realizou uma visita à Argentina e publicou um documento em que condenava o estado Argentino por uma série de violações aos direitos humanos reconhecidos na Declaração Americana de Direitos do Homem, como o direito à vida, à liberdade, à e a integridade. O número de desaparecimentos diminuiu depois da visita da CIDH (NINO, 2015, posição 2108). A partir disso a opinião pública passou a se manifestar contrariamente ao governo. A esse fator, soma-se a derrota da Argentina na Guerra das Malvinas.

Já em 1982 houveram manifestações públicas contra a ditadura na Praça de Maio e a união dos sindicatos e dos partidos políticos à essas vozes. O Governo Militar, presidido então por Galtieri, viu nas Ilhas Malvinas uma oportunidade de tentar reverter a imagem negativa sobre o governo. Novaro e Palermo lecionam que:

O regime precisava imperiosamente de êxitos que permitissem reverter uma situação que, embora não fosse desesperadora, já lhe tornava inviável a persecução de seus objetivos fundadores, aos quais não havia ainda renunciado. A ocupação das ilhas surgiu como uma alternativa tentadora, pois satisfazia objetivos “nacionais” de longo prazo e era simultaneamente muito promissora no curto prazo: proporcionaria um grande capital político – concretizaria a unidade nacional e a do próprio regime, permitindo restabelecer com pouco esforço sua posição dominante perdida. Utilizaria-se a força, o que indiscutivelmente legitimaria as Forças Armadas ao demonstrar como eram imprescindíveis à Nação, porém não seria necessário combater, já que as ilhas seriam tomadas pela força, mas para negociar (NOVARO, PALERMO, 2007, p. 541).

Inicialmente a invasão das Ilhas Malvinas em 02 de abril de 1982 pela ditadura Argentina resultou no efeito pretendido: a Praça de Maio que antes era ocupada para protestar contra a ditadura, passou a ser ocupada para apoiar a invasão. Havia um sentimento nacionalista muito forte entre a população argentina sobre as ilhas⁹² (NINO, 2015; NOVARO, PALERMO, 2007). Contudo, a história mostrou que essa estratégia foi um erro que resultou não só na perda da guerra das Malvinas como no início da derrocada da ditadura e os vislumbres de uma transição política em curto prazo.

A derrota da Argentina na Guerra das Malvinas em 14 de junho de 1982, somada à crise econômica que já estava posta e à indignação da população argentina que foi enganada sobre a evolução e o real estado do conflito até que ele terminasse – levada a acreditar que a Argentina estava ganhando a Guerra – enfraqueceu ainda mais a ditadura militar. Assim, a estratégia de tomar as Malvinas ao final do conflito teve o resultado oposto do pretendido. O fim da ditadura iniciava e a transição política se dava não em apenas razão de fortes mobilizações populares, e sim como resultado de uma crise interna da do regime militar:

A transição de 1982/1982 não era (...) uma transição arrancada por lutas e mobilizações populares contra a ditadura, mas essencialmente o resultado da crise interna do regime, crise gerada mais pela omissão do que pela ação dos grupos sociais e políticos frente ao autoritarismo (se pusermos de lado a contribuição importante, mas em nada decisiva do movimento dos direitos humanos) e pela derrota militar. Mais ainda era evidente que, se o fracasso militar era tão insuperável, isso se devia, em alguma medida ao menos, à ausência de limites e barreiras civis e institucionais que a imaginação militar encontrara para dar rédea solta a seus mais irresponsáveis e cruentos projetos, mesmo àqueles completamente inviáveis (NOVARO, PALERMO, 2007, p. 616).

Cumprir retomar a informação já mencionada de que a transição argentina iniciada em 1980, assim como a transição brasileira iniciada em 1974, insere-se na chamada terceira onda de democratização. Estas transições são classificadas como transições por “transformação”, que seriam aquelas em que “aqueles que ocupam o poder no regime autoritário tomam a dianteira e jogam o papel central no encerramento do regime e na mudança para um regime democrático” (HUNTINGON,

⁹² As ilhas Malvinas ou Ilhas Falkland é um arquipélago localizado ao leste da costa Argentina e que desde 1830 estava em posse do Reino Unido. Trata-se de um conflito territorial antigo. Na época da ditadura militar os habitantes das ilhas não queriam ser reintegrados à Argentina e um dos motivos era, justamente, a ditadura militar que estava instaurada no país (NOVARO, PALERMO, 2007).

1991, p.124-125). Contudo, a transição argentina, apesar de estar localizada na terceira onda, não foi uma transição por transformação. Ao contrário, foi uma transição por ruptura em que os militares até tentaram, mas não tiveram espaço para conduzir o movimento de encerramento do regime mudança democrática.

A identificação da localização da Argentina na terceira onda de democratização é necessária em razão da verificação de dois mecanismos comumente utilizados pelas transições desse período: a realização de eleições e a promulgação de leis de anistia (TORELLY, 2012). A transição argentina utilizou de eleições como mecanismo para o processo transicional e houve também a tentativa de anistia pelos militares antes de deixarem o poder.

Foram convocadas eleições gerais para o dia 30 de outubro de 1983. Raúl Alfonsín foi o candidato vitorioso e assumiu a presidência em 10 de dezembro de 1983. Sua campanha foi pautada no combate a tudo que a ditadura militar representava e em medidas programáticas para reparar e evitar a violência pela qual o país havia passado.

No período entre o chamamento das eleições e a posse de Alfonsín, a Junta Militar realizou tentativas para evitar sua responsabilização pela violência de estado ocorrida. Em 23 de abril de 1983 publicaram um documento intitulado “documento final da Junta Militar sobre a guerra contra a subversão e o terrorismo” em que (i.) reconheceram a responsabilidade pela guerra, contudo justificaram as suas ações como consequência de decretos editados por Isabel Perón ainda em 1975; (ii.) justificaram as ações da guerra suja na “natureza do inimigo” a ser combatido; e (iii.) admitiam que as violações de direitos humanos podem ter sido cometidas pelo excesso e que o julgamento caberia somente “ao juízo de deus” (PEREIRA, 2010, p. 244; NINO, 2015, posição 2148).

O documento final da Junta Militar foi rechaçado por diversos grupos ao mesmo tempo em que se esperava que o governo militar editaria uma lei de anistia. Em setembro de 1983 foi promulgada a Lei nº 22.924 que ficou conhecida como lei de autoanistia. A lei era justificada como sendo necessária para a reconciliação, pacificação reconstrução nacional:

O artigo primeiro da Lei 22.924 garantia anistia total para o conjunto de ações subversivas e antissubversivas de 25 de maio de 1973 a 17 de junho de 1982. A anistia se estende a todos aqueles que incitarem a incitação à atividade subversiva ou antissubversiva, bem como aos crimes

militares comuns. O segundo artigo exclui sua proteção de todos os membros de associações terroristas que não residam na Argentina no momento da sanção⁹³ (NINO, 2015, p. 2217).

Antes mesmo da mudança de regime alguns juízes negaram a aplicação da lei de autoanistia e, após a posse de Raúl Alfonsín, a Lei nº 22.924 foi anulada pelo Congresso Nacional. Verifica-se, portanto, que as tentativas de legislar em favor do regime ou de conduzir o processo de transição pela Junta Militar falharam. Conforme Anthony Pereira isso ocorreu porque os militares argentinos estavam muito fracos no momento da transição, e não tinham meios para negociar benefícios futuros. Segundo Novaro e Palermo:

O obstáculo mais grave que os chefes militares enfrentaram nesse terreno não foi esse, e sim o fato de que não tinham muito a oferecer em termos de concessões, fora a libertação dos detidos à disposição do PEN (que continuaram a diminuir após a visita da CIDH, até chegarem a cerca de novecentos em 1982) e também a paulatina moderação do regime de terror imposto nos cárceres. Melhor dizendo: aquilo que podiam entregar os teria incriminado de tal modo que seus argumentos sobre a “guerra suja” e seus esforços para apresentarem-se como autênticos democratas e republicanos teriam ficado em sérios apuros.

Deve-se destacar esta característica, pois é essencial à transição argentina e a distingue das transições prévias e posteriores nos países vizinhos: nela não há muito com o que negociar, e isso reforça as disposições dos diferentes atores (já consideravelmente desenvolvidas por outros motivos, como vimos) contra a negociação; de forma que a busca de acordos é descartada ou postergada tanto tempo quanto possível, com o que se criam condições para conflitos de difícil resolução (NOVARO, PALERMO, 2007, p. 370).

A segunda fase da transição argentina inicia com a posse de Alfonsín que imediatamente deu início à política de responsabilização pelo terrorismo de estado que embasou a sua campanha presidencial. Em dezembro de 1982 Alfonsín apresentou dois programas, um programa de direitos humanos e outro programa de enfrentamento dos acontecimentos do passado.

O programa de direitos humanos envolvia, entre outras disposições, a busca irrestrita da verdade, a derrogação de todas as leis contra a subversão sancionadas pela junta Militar e pelo governo peronista que a antecedeu, a sanção de leis para

⁹³ Tradução livre. No original: El primer artículo de la Ley 22.924 garantizaba una amnistía total por el conjunto de acciones subversivas y antsubversivas desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982 La amnistía se extendía a todos los que ayudaron o incitaron a tal actividad subversiva o antsubversiva, así como a delitos militares comunes. El segundo artículo excluía de su protección a todos aquellos miembros de asociaciones terroristas que no residían en la Argentina al momento de la sanción de la ley.

apoiar a democracia, leis que castiguem a tortura, a extinção da jurisdição militar para os civis, e a ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos. O programa de enfrentamento do passado incluía a anulação da lei de anistia e a sanção de decretos para iniciar o processamento e julgamento dos líderes dos movimentos subversivos e dos membros das Juntas Militares que governaram o país durante a ditadura (NINO, 2015, posição. 2306 e posição 2324).

Ainda em dezembro de 1983 foi promulgado por Alfonsín o decreto que criou a Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas, a CONADEP, que teve como tarefa investigar sobre as pessoas desaparecidas durante a ditadura. Para realizar sua função, a CONADEP teve acesso a qualquer pessoa detida e a ouvir todos os depoimentos das vítimas. Ao final de seus trabalhos a CONADEP produziu o relatório “Nunca Más” e o acervo construído reunia informações sobre 7.000 casos distintos em mais de 50.000 páginas (CONADEP, 1984).

As propostas do programa de direitos humanos e do programa de enfrentamento do passado foram colocadas em prática. A Lei da Anistia foi anulada pelo Congresso mediante a aprovação da Lei nº 23.040, e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi ratificada por meio da Lei nº 23.054. Além disso a Lei 23.077 sancionou a Defesa da Democracia e da Ordem Constitucional e o crime de tortura no código penal foi alterado pela Lei 23.097 entre outras leis sancionadas para efetivar aquelas propostas (NINO, 2015, posição 2440).

A política de governo pela memória das vítimas e pela responsabilização dos militares com a realização de *Juicios a las juntas* não perdurou por muito tempo. Alfonsín foi pressionado por militares jovens que requeriam o fim destas ações de justiça e reparação. Assim, a terceira fase da transição argentina inicia em 1995 com uma nova crise militar que considerava os julgamentos intoleráveis e “manobras da esquerda”. A edição de uma lei de anistia foi anunciada pelos militares como “a única forma de fazer da argentina uma grande nação” (NINO, 2015, posição 2671).

Em 1986, início da quarta fase da transição argentina, Raúl Alfonsín enviou ao congresso a Lei de Ponto Final, Lei n 23.492, que dispunha em seu artigo primeiro o prazo de sessenta dias da publicação da norma para oferecer denúncias por crimes na Lei nº 23.049:

Artículo. 1º.-Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la

Ley N° 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley.

En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983.

A Lei de Ponto Final foi sancionada pelo Congresso e após a sua promulgação houve um movimento intensivo dos tribunais para receber denúncias de vítimas da ditadura no prazo de sessenta dias estabelecido na lei. A Lei de Ponto Final apenas não extinguiu a possibilidade de oferecer ações penais aos crimes de sequestro e ocultação de menores.

Após a publicação da Lei de Ponto Final em 1986, os militares ainda reivindicavam uma lei de anistia. Nesse contexto, segundo Carlos Nino a lei de obediência surgia como a única alternativa viável (NINO, 2015, posição 3027). Em maio de 1987, Alfonsín enviou a Lei de Obediência Devida ao Congresso que a sancionou em junho daquele ano como a Lei nº 23.521. A Lei de Obediência devida dispunha sobre a presunção de não punibilidade daqueles que agiram durante a ditadura militar obedecendo ordens superiores. Esta presunção de não punibilidade apenas não se aplicava aos crimes de estupro, e de sequestro e apropriação de crianças:

Artículo. 1º -Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la ley N° 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de ordenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

A Lei de Obediência devida foi declarada constitucional pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación* em 1987. Carlos Menem foi eleito para assumir a

presidência em 1989. Em seu governo continuaram as ações que favoreciam a impunibilidade dos militares atuantes na ditadura. Em outubro de 1989 e em dezembro de 1990 Menem sancionou decretos de indulto que beneficiavam aqueles que respondiam processos por crimes cometidos na ditadura e aqueles que já tinham sido condenados por violações aos direitos humanos, respectivamente (NINO, 2015)

No ano de 1998 as leis de Ponto Final e de Obediência devida foram revogadas pelo Congresso e em 2001 foram reconhecidas como inconstitucionais pela *Suprema Corte de Justicia de La Nación* (PEREIRA, 2010). Apesar do retrocesso nos avanços que aconteceram nos primeiros anos do governo Alfonsín, é possível afirmar que a Argentina tratou de forma muito mais radical a transição e a justiça de transição do que ocorreu no caso Brasileiro. Segundo Anthony Pereira a falta de manutenção total das políticas de justiça transicional na Argentina ocorreu porque estavam sujeitas ao “ciclo progressivo-regressivo” no qual as “medidas tomadas por um governo são revogadas por seu sucessor” (PEREIRA, 2010, p. 247).

Hoje a Argentina possui diversas leis reparatórias para as pessoas que foram vítimas de violações de direitos humanos na ditadura militar, são as leis nº 24.411 que dispõe sobre Indenização por desaparecimentos forçados ou mortes por atos de terrorismo de Estado, a lei nº 24.043 que estabelece indenização para os que foram detidos, a lei nº 25.914, que dispõe sobre a Indenização para as pessoas que nasceram enquanto suas mães estavam privadas de liberdade, ou que, como menores, foram detidas em relação a seus pais, desde que algum deles tenha sido detido e/ou desaparecido por motivos políticos, seja estar à disposição do Poder Executivo nacional e/ou tribunais militares, Lei nº 26.564 que amplia os benefícios das leis nº 24.043 e nº 24.411 e a Lei nº 26.913 que estabelece “*Pensión Graciable*” para aquele que foram detidos na época da ditadura⁹⁴.

⁹⁴ Dados disponíveis no site oficial do governo da Argentina por meio do seguinte link: <https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/proteccion/leyesreparatorias>

4.2. Debates da reforma constitucional de 1994.

A seleção do material empírico foi realizada mediante consulta no site do *Senado de La Nación Argentina* em que há, na seção de *información legislativa*, uma subseção dedicada à Reforma Constitucional de 1994⁹⁵. Ali estão organizados todos os documentos oficiais referentes à Reforma Constitucional de 1994.

Para esta pesquisa foi realizada a análise dos debates das sessões da *Comisión de Tratados Internacionales*, as sessões da *Comisión de Redacción* e da da 3º sessão ordinária da *Convención Nacional Constituyente* que trataram sobre o tema da integração dos tratados internacionais. Também foi consultado o *Reglamento de la Convención Constituyente* de 1994, a Lei nº 24.309 de 1993 que declarou a necessidade de reforma da Constituição e a Lei 24.430 de 1994 que publicou o texto oficial da reforma. Fez-se a opção de manter os textos dos debates constituintes no idioma original para evitar a possível perda de exatidão do conteúdo por meio de uma tradução livre.

Assim como no caso brasileiro, ao realizar a análise do material empírico se buscou identificar qual o debate realizado na época acerca da abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos, os fundamentos favoráveis e os fundamentos contrários à abertura constitucional e às formas de abertura constitucional, considerando o contexto da transição e os reflexos das decisões políticas tomadas durante o processo de redemocratização.

A Reforma Constitucional da Argentina de 1994 teve como antecedente o *Pacto de los Olivos*, um acordo realizado entre Carlos Menem, então presidente da Argentina, e Raúl Alfonsín, ex-presidente da Argentina e líder do partido de oposição ao governo Menem. A intenção de Menem com a reforma constitucional era autorizar a possibilidade de reeleição do chefe do poder executivo visualizando concorrer à reeleição no próximo pleito, enquanto Alfonsín via na reforma a possibilidade de limitar os poderes do Presidente (NATALE, 2000, p.220). Por meio do *Pacto de los Olivos* os partidos entraram em acordo sobre o núcleo de coincidências básicas, que foi base para a Lei nº 24.309 de 29 de dezembro de

⁹⁵ Conforme informa o site “Esta sección reúne la documentación original labrada con motivo de la reforma constitucional celebrada en 1994 en las ciudades de Santa Fe y Paraná. Esta información ha sido preservada, organizada y digitalizada por la Subdirección de Asesoría Legal y Técnica de la Secretaría Parlamentaria. El trabajo realizado fue declarado de interés parlamentario por el Senado.”

1993⁹⁶ que declaró a necesidad de reforma da Constituição de 1853 com as alterações das reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 e 1972 (BUIRAGO, NOVA, ROCHA, p. 200).

Considerando os marcos de início e fim da transição política para a democracia na Argentina adotados nesta pesquisa – com o início da transição em 1980 e o final em 1990 abrangendo o primeiro governo pós-ditadura, conforme Carlos Nino – a Reforma Constitucional da Argentina de 1994 ocorreu após o período transicional visto que o país já se encontrava no segundo governo democrático pós-ditadura. No entanto, se verificou na análise dos debates constituintes o quanto os movimentos durante a transição política pela busca da verdade e pela memória das vítimas da ditadura, a realização do *Juicio a Las Juntas* e a preocupação com evitar que nunca mais aconteçam violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado da forma como ocorreu na ditadura ainda estavam presentes no discurso e no posicionamento dos *convencionales constituyentes* em 1994 e tiveram relevante influencia nos rumos que a reforma constitucional tomou quanto à internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos na Argentina.

O artigo 2^{o97} e o artigo 3^{o98} da Lei nº 24.309 determinavam quais artigos a *Convención Constituyente* poderia modificar e as demais inclusões e alterações que estavam autorizadas. Havia também um “núcleo de coincidencias básicas”, uma originalidade da lei que era um “conjunto de normas – a maioria delas redigidas com

⁹⁶“ARTICULO 1º-Declárase necesaria la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957.”

⁹⁷“ARTICULO 2º-La Convención Constituyente podrá:

a) Modificar los siguientes artículos: 45, 46, 48, 55, 67 (inciso 27), 68, 69, 70, 71, 72, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86 (incisos 1, 3, 5, 10, 13, 20), 87 y 99.

b) Reformar el Capítulo IV, Sección II, Parte Segunda de la Constitución Nacional.

c) Incorporar dos nuevos incisos al artículo 67, un nuevo inciso al artículo 86, un nuevo artículo en un nuevo capítulo de la Sección IV de la Parte Segunda de la Constitución Nacional y un nuevo artículo en el Capítulo I de la Sección III de la Parte Segunda de la Constitución Nacional.

d) Sancionar las cláusulas transitorias que fueren necesarias. La finalidad, el sentido y el alcance de la reforma que habilita este artículo 2 se expresa en el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas que a continuación se detalla: (...)”

⁹⁸ “ARTICULO 3º-Se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación:

A tal efecto la Convención Constituyente podrá:

a) Modificar los artículos 63, 67, 106, 107 y 108.

b) Incorporar un nuevo capítulo a la Primera Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo capítulo a la Segunda Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo inciso al artículo 86 de la Constitución Nacional.

c) Sancionar las disposiciones transitorias necesarias. (...)”

zelo – que deveriam ser aprovadas pela Convenção Constitucional em forma textual, sob pena de nulidade”⁹⁹ (NATALE, 2000, p. 221).

A existência do “*núcleo de coincidencias básicas*” era uma forma de garantir o efetivo cumprimento do *Pacto de los Olivos* pelos partidos que firmaram o acordo. Este “*núcleo de coincidencias básicas*” não limitava o conteúdo material da reforma constitucional, mas estabelecia um núcleo material mínimo sobre que reformas deveriam necessariamente ser realizadas, havendo temas abertos para discussão (NATALE, 2000, p. 221). A integração e a hierarquia dos tratados internacionais não estava no “*núcleo de coincidencias básicas*”, mas foi um tema inserido no item I do artigo 3º como um tema habilitado para o debate na *Convención Constituyente*.

A Reforma Constitucional de 1994 da Argentina foi realizada por uma *Convención Constituyente* eleita exclusivamente para este fim, conforme determinação do artigo 8º da Lei 24.309¹⁰⁰. A diferença com a Constituinte Brasileira de 1988 é grande neste ponto, visto que, no caso Brasileiro, a Constituinte para redigir uma nova constituição não foi exclusiva, enquanto na Argentina houve uma Convenção Constituinte específica para a realização da reforma. A eleição dos 350 *convencionales constituyentes* foi regida pelo Código Eleitoral e Nacional e aos eleitos eram garantidos todos os direitos, prerrogativas e imunidades dos Deputados da Nação, com remuneração equivalente. O simbolismo desse momento adquiriu traços tão fundacionais que é muito comum a referência ao resultado dessa reforma como a Constituição de 1994.

Conforme o *Reglamento da Convención Constituyente*¹⁰¹, sua instauração ocorreu na cidade de Santa Fé, onde foram realizadas as sessões ordinárias e onde funcionou o Plenário da Convenção. A cidade de Paraná também albergou atividades da Convenção, mais especificamente, as sessões especiais e a de conclusão. Todas as sessões foram públicas. A *Convención Constituyente* teve onze comissões de trabalho¹⁰², e a comissão que tratou do tema da incorporação com

⁹⁹ Tradução livre. No original: “conjunto de normas – la mayoría de ellas celosamente redactadas – que deberían ser aprobadas por la Convención Constituyente em forma textual, bajo pena de nulidad (NATALE, 2000, p. 221).”

¹⁰⁰ “ARTICULO 8º-EI Poder Ejecutivo nacional convocará al pueblo de la Nación dentro de los ciento veinte (120) días de promulgada la presente ley de declaración para elegir a los convencionales constituyentes que reformarán la Constitución Nacional.”

¹⁰¹ Ver artigos 1º, 2º, 21, 35 e 42 do *Reglamento da Convención Constituyente*.

¹⁰² De acordó com o artigo 35 do Reglamento da Convención Constituyente, as Comissões instaladas foram: *de Redacción, de Coincidencias Básicas, de Competencia Federal, del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal, de Nuevos Derechos y Garantías, de Sistemas de Control, de*

status constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos foi a *Comissioón de Integración y Tratados Internacionales*. Cada comissão teve como competência deliberar acerca dos temas específicos definidos no *Reglamento da Convención* e à Comissão de Redacción coube escrever o texto final da reforma da constituição e a redação dos despachos parciais. Ao Plenário da *Convención* coube a aprovação dos despachos de redação parcial e do texto final consolidado pela *Comissioón de Redacción*. Na organização dos trabalhos da *Convención Constituyente* também estava prevista a possibilidade de apresentação de Projetos pelos *convencionales* no prazo de 30 dias após a instalação da Convenção¹⁰³.

Conforme o *Reglamento da Convención Constituyente*, à *Comissioón de Integración y Tratados Internacionales* coube justamente legislar sobre institutos para a integração e hierarquia dos tratados internacionais. No entanto, a autorização para legislar acerca deste tema não evitou a ocorrência de divergências sobre o limite de atuação desta. Havia o entendimento de que deveriam dispor sobre qual seria a hierarquia dos tratados internacionais no direito interno, contudo, não havia consenso quanto à autorização ou não da lei da reforma para atribuir status constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

O principal argumento dos *convencionales* contrários à atribuição de status constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos foi justamente o de que a Lei nº 24.309 de 1993 não autorizava a atribuição de hierarquia constitucional a estes tratados. Os argumentos da ausência de autorização e competência para atribuir status constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos se daria, primeiro, em razão do fato de que a nova redação do inciso 19 do artigo 67 reformaria, na prática, o artigo 31¹⁰⁴ da Constituição, que não estava autorizado na lei de reforma, bem como seria o artigo que trataria da pirâmide do ordenamento jurídico argentino. Em segundo lugar, a ausência de autorização para a atribuição de

Integración y Tratados Internacionales, de Peticiones, Poderes y Reglamento, de Hacienda y Administración, de Labor Parlamentaria.

¹⁰³ "I.-INSTITUTOS PARA LA INTEGRACION Y JERARQUIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

* Por incisos nuevos al artículo 67 de la Constitución Nacional."

¹⁰⁴ "Art. 31. -Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859"

status constitucional ocorreria em razão da violação ao artigo 27¹⁰⁵ da Constituição que integra a parte dogmática e cuja alteração estava completamente proibida pelo *Pacto de los Olivos*:

Sra. PANDO.(PACTO AUTONOMISTA LIBERAL) ¹⁰⁶ - El Interbloque decididamente ha resuelto no darle carácter constitucional, en virtud del artículo 31º, a pesar que hubiese sido nuestra decisión acompañarlos, pero entendemos que la voluntad de los legisladores no ha sido ésta, porque de lo contrario hubiesen puesto dentro de la cláusulas a revisar el artículo 31º.

(...)

Estamos en las mismas condiciones que acaba de mencionar la constitucional preopinante. Consideramos que el artículo 31 es el que maneja y tiene toda la pirámide jurídica por lo cual los derechos humanos, en este caso, no podrán, para nosotros, más allá de que estemos interesados en la protección mayor, consideramos que estamos acompañando también a la mayoría. Nosotros nos hemos puesto a pensar si no se está vulnerando el artículo 31 de la Constitución nacional y también se vulneraría el artículo 27 que son artículos que están en la parte dogmática y que el Pacto de Olivos ha tenido la consideración de mantenerlos, desde nuestro punto de vista, cerrados (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p. 23).

O argumento dos *convencionales* favoráveis à atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos era o de que as violações ao artigo 31 e 27 alegadas não se configuravam. Não haveria violação ao artigo 31 da Constituição porque este artigo dispunha sobre a hierarquia das normas legisladas em nível federal e das normas legisladas nas províncias, sendo um artigo com origem inspirada no artigo 6º da Constituição dos Estados Unidos e que estaria vinculado à forma federal de Estado, tratando-se, portanto, da hierarquia do ordenamento jurídico interno apenas:

Sra. CARRIO (Union Cívica Radical) (...) El artículo 31 de nuestra Constitución tiene su origen creo que en el artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos, que está vinculada primordialmente a la forma federal del Estado, el problema que tenía los federalistas en la Constitución de los Estados Unidos era el posible conflicto que podría darse entre las normas federales, es decir las normas dictadas por las autoridades federales y las normas dictadas por los estados miembros. Por eso el artículo 31 nuestro se llama cláusula árbitro o de supremacía federal (...) Entonces yo no veo realmente un problema de colisión con el artículo 31 de la Constitución porque el tema de la jerarquía constitucional de los tratados es un tema expresamente habilitado (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p. 24)

¹⁰⁵ “Art. 27. - E1 Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho publico establecidos en esta Constitución.”

¹⁰⁶ A indicação do partido a que o *Constituyente Convencional* está filiado não consta nas notas taquigráficas e foi inserida pela autora após o nome de cada convencional com base na lista de todos os *Constituyentes Convencionales* e seus respectivos partidos da Reforma Constitucional de 1992.

A alegada violação ao artigo 27 da Constituição igualmente não estaria presente justamente em razão de os tratados internacionais sobre direitos humanos não estarem contra os princípios de direito público estabelecidos na Constituição Argentina:

Sra. CARRIO (Union Cívica Radical) En cuanto a la observación del artículo 27, los tratados de derecho humanos de ninguna manera violan el orden jurídico interno. Entonces la esencia del artículo 27 quiere decir que los tratados aprobado por el Congreso mientras respeten el orden constitucional, es decir, el derecho público interno de la Nación no acarrear inconvenientes. De modo tal que no veo cuál es la observación o la impugnación o la violación del artículo 27 en relación a la incorporación de los tratados internacional en materia de derechos humanos (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p. 24).

No âmbito da sessão do Plenário a controvérsia sobre a autorização legal para atribuir hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos voltou ao debate. Além da alegada violação ao artigo 31 e ao artigo 27 da Constituição que já havia sido levantada no âmbito da comissão¹⁰⁷, houve quem se posicionasse contra a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos porque estes já estariam incluídos no artigo 33¹⁰⁸ da Constituição que trata dos direitos e garantias não enumerados:

Sr. MAEDER (Acción Chaqueña) (...) **Respecto de la jerarquía que pueda corresponder a este tipo de tratados, entendemos que los mismos deben ser considerados como parte de los derechos y garantías no enumerados, previstos en el artículo 33**, siempre que no afecten otros ya consagrados y en concordancia con lo establecido en el artículo 27. No creemos factible ni conveniente darles jerarquía constitucional, como dice el despacho de mayoría, porque eso implica modificar la Constitución en cada ratificación que se produzca por agregación, violando así por esta vía lo previsto en el artículo 30 que establece un solo camino de reforma constitucional que es la vía de una Convención Constituyente. Y porque además invadiríamos el Capítulo de Declaraciones, Derechos y Garantías, expresamente apartado de cualquier tipo de reforma por la ley 24.309 (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994h, p. 2903) (destaques acrecidos).

Tanto no âmbito *da Comisión de Integración y Tratados Internacionales* como no âmbito das sessões do Plenário da Constituinte o *convencional* Juan Pablo

¹⁰⁷ Ver CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE. **3º Sesión Ordinaria (Continuación), 2 de agosto de 1994h.** Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarDiario/24> . Acesso em 15 jan. 2022., pp. 28410 - 2844 e 2859 .

¹⁰⁸ Art. 33. - Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación d. otros derechos y garantías no enumerados; pero' que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Cafiero, presidente daquela comissão, fez esclarecimentos sobre a controvérsia em que pautava. Segundo Cafiero, na tramitação da Lei nº 24.309 de 1993 na Câmara dos Deputados foi manifestada a intenção de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos no ponto que autorizava a reforma sobre a hierarquia dos tratados internacionais:

Sr. CAFIERO (J.P.) (Frente Grande) — Voy a aclarar un solo punto dividido en dos partes. La primera se refiere a la competencia sobre si la comisión estaba habilitada para tratar estos puntos o si estábamos introduciendo modificaciones en un texto no habilitado de la Constitución. La Comisión tuvo en cuenta los fundamentos de la ley de convocatoria y los dictámenes de las comisiones de Asuntos Constitucionales, tanto de la Cámara de Diputados como de la Cámara alta. **En todos los casos pudimos verificar que la clara intención de incorporar el tema de la jerarquía de los tratados era la propuesta sobre incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.** De ahí surgió no como una obra en particular o autónoma de ese tema, sino que fuimos a buscar la fuente para entender mejor un artículo que quizá no había quedado bien redactado dentro de la propia ley (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994h, p. 2859)¹⁰⁹ (destaques acrescidos).

Foi considerada também a jurisprudência, na época recente, da *Corte Suprema de Justicia de La Nación* na proposta de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos com hierarquia constitucional. A *CSJN* havia proferido decisões em que estabeleceu a supremacia hierárquica dos tratados internacionais sobre o direito interno, a qual, no entendimento dos *convencionales*, deveria constar expressamente na Constituição. Foi especificamente mencionado o caso *Ekmedkjian*:

SR. PIERINI (...) La doctrina que en estos momentos está vigente, doctrina que la Suprema Corte de Justicia establece sobre la supremacía jerárquica de los convenios internacionales en cuanto a los derechos internos respecto de los derechos humanos. Si bien esa jerarquía está presente, sería realmente deseable que se incorporara expresamente al texto constitucional.

(...)

Entiendo que debemos conocer la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos dos casos producidos durante su constitución anterior, como son los casos de *Servini de Cubría* y *Ekmedkjian* en especial en el voto del doctor Barra, que le da a los tratados, interpretando nuestra Constitución y el artículo 27º de la Convención de Viena, una jerarquía de tipo constitucional (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p.13; p. 30).

¹⁰⁹ Ver também CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión de Tratados Internacionales. **Debate de 28 de Junio de 1994b**. Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarComDebate/56/> . Acesso em: 15 jan. 2022, p. 25.

Verifica-se, portanto, que para além da autorização pela Lei 24.309 de 1993 para atribuir hierarquia constitucional também havia uma preocupação em alinhar a legislação à jurisprudência da CSJN.

Um segundo ponto que pautou o debate na comissão foi a questão da operatividade dos tratados internacionais sobre direitos humanos uma vez que fossem internalizados com status constitucional. Foi defendida a presunção de operatividade dos tratados internacionais sobre direitos humanos nos termos que a redação da própria cláusula permitisse:

Sr. CULLEN (U.CE.DE.).- Quería hacerles un comentario sobre lo que me mandó el doctor Bidart Campos vinculado con este tema. Él redactó un articulado precisamente diciendo que las normas del tratado internacional que reconocen a los derechos humanos y que se hayan incorporados al derecho argentino se deben presumir operativos, en cuanto su fórmula gramatical lo permita, aún cuando el derecho reconocido torne viable su inmediata funcionalidad. (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p. 34)

Foi sugerido que o reconhecimento da operatividade se desse por meio de uma norma programática a fim de garantir que a operatividade fosse aplicável. Havia uma preocupação dos *convencionales* em internalizar o direito internacional dos direitos humanos com atribuição de hierarquia constitucional e fazer com que os direitos e garantias neles elencados realmente fossem operativos no direito interno, de forma a não se constituir em apenas uma internalização sem efeitos práticos (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p. 33). Nesse ponto destaca-se o relato da Convencional Elisa Maria Avelina Carrió, da Union Cívica Radical, que mencionou sua experiência na prática com a ausência de aplicação das cláusulas operativas dos tratados internacionais pelos juízes:

Sra. CARRIÓ.(Unión Cívica Radical)- (...) Yo soy abogada de casi todos los gremios que andan circulando por ahí de las minorías menesterosas, y hemos tenido el problema de invocar los tratados y de que los tratados muchas veces no sean conocidos por los jueces y, por tanto, no sean aplicados. Pareciera ser que los tratados son declaraciones y principios sin ninguna obligación por parte de los jueces. De 250 acciones de amparo, en ningún caso un juez ha aplicado una norma operativa del tratado que le había invocado, mientras que he tenido que esforzarme en invocarla -salvo en un fallo del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes en un tema de excarcelación.

Me parece importantísimo desde el punto de vista constitucional poner la presunción de operatividad u operatividad para que de alguna manera la normativa constitucional llegue claramente a los jueces diciéndoles: "Ustedes están obligados; esto tiene jerarquía constitucional, por lo que están obligados a aplicarlas". Lo que ocurre -

reitero- es que los tratados pareciera que son declaraciones de principios entre los estados, pero no aplicables a casos concretos (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p. 37) (destaques acrescidos).

O quórum de aprovação para internalizar os tratados internacionais sobre direitos humanos com hierarquia constitucional também foi objeto de controvérsias no debate. A proposta da maioria foi de exigir aprovação com quórum qualificado, o mesmo exigido para alteração da Constituição, a fim de dar maior legitimidade à essa internalização uma vez que os tratados aprovados passariam a ter hierarquia constitucional:

Sra. PANDO.(PACTO AUTONOMISTA LIBERAL) - Nosotros pensamos que tanto para la incorporación, como para la denuncia de los tratados en esta materia **necesitamos la mayoría calificada en función del orden del tema a tratar**, de allí que coincidamos con el convencional Cullen en cuanto a que **debemos recurrir a los dos tercios para cada uno de los dos casos**, pero no los dos tercios de los presentes sino del cuerpo (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p. 43)

No entanto, exigir maioria qualificada de dois terços dos membros nas duas casas legislativas foi visto também como um obstáculo à internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos, como um critério que restringiria a possibilidade de incorporação desses tratados:

Sr. LLAMOSAS (Justicialista) No se trata de cualquier ley sino de un tratado internacional que debe ser sancionado por el Congreso que exige en su procedimiento una ratificación del Poder Ejecutivo, por lo tanto lleva al tratado a un rango internacional con un tratamiento especial agravado en términos de rigurosidad legislativa. Tener mayoría agravada para incorporar un Pacto, sería un criterio restrictivo.

(...)

Sra. CARRIÓ (Unión Cívica Radical)- Exigiendo los dos tercios vamos a conseguir el objetivo contrario, es decir se va a ser imposible la incorporación de un tratado. Todos sabemos lo que significa conseguir los dos tercios de los Cuerpos, y si no, pregúntenles cuántos les cuesta a los radicales y a los peronistas (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p. 43).

Ao final, prevaleceu o entendimento sobre a necessidade de aprovar a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos com a maioria qualificada de dois terços dos membros da Câmara de Deputados e do Senado.

Nas reuniões da *Comisión de Integración y Tratados Internacionales* estiveram presentes representantes da Comissão Interamericana de Direitos

Humanos, da Comissão Internacional de Migrações, da UNICEF, da Organização Internacional do Trabalho, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, da Comissão para Refugiados, do Ministério das Relações Exteriores e da Sub Secretaria de direitos humanos da Nação, para realizar manifestações sobre o tema, em um formato semelhante ao que na Constituinte e na Reforma Brasileira foram as sessões de Audiências Públicas¹¹⁰.

Além das questões procedimentais e formais sobre a atribuição de hierarquia constitucional sobre os tratados internacionais sobre direitos humanos, o debate sobre a questão material, sobre quais direitos ou tratados necessariamente deveriam estar incluídos, girou em torno de cinco temas principais: os Convênios da Organização Internacional do Trabalho, os direitos da Convenção Internacional sobre o direito das Crianças, os direitos das mulheres internacionalmente reconhecidos, o direito de réplica e o direito à vida, mais precisamente quando este direito iniciaria e a possibilidade de autorizar ou não o aborto.

María Lara, representante da Organização Internacional do Trabalho (OIT) propôs em sua manifestação que os 66 convênios da OIT ratificados pela Argentina fossem incluídos no texto constitucional. Contudo, os convênios da OIT não foram incluídos no inciso 22 do artigo 75 por serem firmados não entre estados, mas serem tripartites e envolverem empresário, trabalhadores e o Estado (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p.07 e p. 42).

Os representantes da UNICEF trouxeram à pauta a necessidade de atribuir hierarquia constitucional à Convenção Sobre os Direitos das Crianças, destacando a necessidade de reforçar a proteção dos direitos das crianças que são os *“seres humanos cuyos derechos son violados permanente y silenciosamente”* (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p.05). Também houve manifestação contrária ao encarceramento de menores e a ausência de mecanismos para denunciar as violações de direitos que ocorrem contra as crianças, principalmente contra as mais vulneráveis:

¹¹⁰ As pessoas ouvidas foram: “por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, doctor Oscar Fapiano, por la Comisión Internacional de Migraciones, Lelio Mármora, por UNICEF, Patricio Fuentes, por los derechos del Niño, Irene Costernic, por la O.I.T., María Lara, por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Timothy Painter, por la Comisión para Refugiados, su representante no ha podido hacerse presente, por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, los doctores Mónica Pinto y Cardozo y por la Sub-Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, la doctora Alicia Pierini.” (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p. 1).

Sr. SANTILLÁN¹¹¹. En primer lugar, planteo que se terminen las cárceles de menores. En este sentido, yo a esto lo pondría como un slogan. No solo hay que decir que debe incentivarse la parte preventiva, sino que es mucho más importante que se terminen las cárceles de menores. Es decir, que se respete la identidad de los chicos, porque no reconocemos al chico como persona humana, no reconocemos su situación única y exclusiva de sujeto de derecho, creo que en ese sentido se debería hablar de seguir el camino del niño, creo **que existen muchos mecanismos que denuncian los excesos contra los derechos del hombre y son pocos los que denuncian las barbaridades que a diario se cometen contra los niños de la calle** como los llama nuestra sociedad como una forma de salvar sus responsabilidades. (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994b, p. 18) (destaques acrecidos).

Ao final dos debates na comissão foi incluído no *dictámen de mayoría* a atribuição de hierarquia constitucional à Convenção Sobre os direitos da Criança. Além disso foi incluído um novo inciso no artigo 67 prevendo a promoção de ações positivas para garantir o exercício dos direitos reconhecidos na constituição e nos tratados internacionais sobre direitos humanos, em especial sobre as crianças, mulheres e pessoas com deficiência, conforme se verá adiante.

Na sessão do Plenário se fez presente uma comissão do Comitê para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres das Nações Unidas¹¹². A manutenção da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher na lista de tratados sobre direitos humanos a que a reforma atribuía hierarquia constitucional foi defendida pelas mulheres *convencionales*.

Entre os fundamentos da necessidade de garantir os direitos das mulheres também por meio da normativa internacional estava o binômio democracia e direitos humanos e a relação com a participação das mulheres nos lugares de decisão:

Sra. REGAZZOLI (Justicialista) (...) Estamos legislando en base a un proyecto que cuenta con dictamen de mayoría, en el que nos hemos podido poner de acuerdo radicales, peronistas, el Frente Grande, y algunos partidos provinciales, porque sinceramente quienes estamos comprometidos en la defensa de los derechos humanos también lo estamos con la democracia; **y no hay democracia posible sin la vigencia efectiva de los derechos humanos ni sin la participación efectiva de la mujer en los lugares de decisión** (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994i, p. 2968) (destaques acrecidos).

¹¹¹ Padre que realizou manifestação representando a Igreja.

¹¹² A comissão era formada por Ivanka Corti, da Itália e presidenta do comitê; Evangelina García Prince, da Venezuela e vice-presidenta do comitê; e Liliana Gurdulich de Correa, da Argentina, membra do comitê.

Também foi destacada a luta das mulheres na resistência à ditadura e vítimas da violência estatal, bem como o fato de que a ditadura “colocava as botas sobre os direitos da mulher” e a dificuldade em retomar esses direitos após o final do período autoritário e o retorno da democracia:

Sra. GOMEZ DE MARELLI (Unión Cívica Radical) (...) Pero, ¿qué ocurrió? **Vino la dictadura, y con cada golpe militar nos atrasábamos y parecía que las botas se ponían encima de los derechos de la mujer, de tal manera que quedaban ocultos cuando volvía la democracia,** y no teníamos lugar en ninguna de las listas de los partidos políticos. En la época de los golpes militares la mujer resistió; ¡vaya si resistió! ¡Cuántas mujeres fueron injustamente muertas y asesinadas junto a su pareja e hijos! ¡Cuántas mujeres perdieron la vida! Aquí, que tanto se habla de la vida, habría que pedir que se le haga un monumento a las mujeres que dieron vida en las cárceles y a las que les quitaron sus hijos. (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994i, p. 3010) (destaques acrescidos).

Um ponto que gerou muito debate foi a questão do direito de réplica. Muitos *convencionales* se posicionaram contrários à atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos em razão da constitucionalização do direito de réplica previsto no artigo 14 do Pacto San José da Costa Rica. O argumento era o de que o direito de réplica, caso tivesse hierarquia constitucional, viria a cercear o direito à liberdade de imprensa, dado que tudo que fosse publicado poderia ser objeto de réplica o que poderia constranger os jornalistas a evitar publicar matérias e notícias sobre determinados temas. O direito de réplica foi caracterizado como uma forma de censura indireta por aqueles contrários à sua constitucionalização (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994c).

Em face desses argumentos foi demonstrado que o direito de réplica era constitucionalmente incorporado em favor da liberdade de expressão, visto que não é toda e qualquer matéria veiculada que geraria direito de réplica e sim tão somente aquelas que contivessem informações incorretas ou falsas:

Sr. DE SANCTIS (Justicialista) **Aquí está la precisión. El derecho de rectificación o de respuesta solamente aparece cuando algún medio de difusión publica o difunde hechos inexactos, falaces, mentirosos o agraviantes, sin un fondo de verdad, o sea, el agravio por el agravio mismo.** De ninguna manera hay derecho de rectificación o respuesta con respecto a la línea editorial, a la crítica de orden político o a las críticas u opiniones que el medio de difusión, en uso de su libertad de expresión y de prensa, emita con respecto a determinados temas. Tanto es así que volviendo al Derecho argentino, la constitución de San Juan lo dice expresamente. "La crítica política, deportiva, literaria y artística en general

no está sujeta a derecho de réplica". (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994i, p. 3004-3005) (destaques acrescidos).

O debate sobre o aborto realizado no plenário da *Convención Nacional Constituyente* é mencionado neste trabalho como um alerta para as interpretações restritivas que podem ser feitas sobre os tratados internacionais sobre direitos humanos. Neste caso específico, houve a defesa por parte de alguns *convencionales* de que a *outorga* de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos reconhecia constitucionalmente o direito à vida desde a concepção porque a Convenção Sobre os Direitos da Criança prevê, em seu artigo 1º, a proteção da vida desde a concepção. Isso foi utilizado como argumento para se tentar inserir um inciso explícito na Constituição sobre a garantia do direito à vida desde a concepção e, assim, ter uma norma constitucional para fundamentar a proibição do aborto:

Sr. PARDO(Justicialista)— La protección a la vida es un derecho universalmente reconocido y tiene jerarquía constitucional en las más avanzadas legislaciones del mundo. Proponemos la protección de la vida desde la concepción, convencidos de que ella se da luego de la fecundación del espermatozoide. El nuevo ser comienza a manifestarse tan pronto queda concebido. El hecho de que deba gestarse durante nueve meses en el vientre materno no cambia para nada lo antes expuesto. (...) A continuación, **propongo que se incluya en el inciso 19 del artículo 67 el derecho a la vida desde la concepción y hasta la muerte natural** (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994h, pp. 2909- 2910) (destaques acrescidos).

Na época, o aborto era criminalizado na Argentina e o debate na comissão se deu entre aqueles contrários e favoráveis à legalização do aborto. O argumento contrário à inclusão do inciso pretendido foi de que este tema não estava autorizado e era, portanto, uma proposta ilegítima (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994h, pp. 2982- 2984).

Um tema que permeou o debate e esteve presente tanto na *Comisión de Integración y Tratados Internacionales* como no Plenário foram as violações aos direitos humanos cometidas pelo estado argentino durante a ditadura militar. A Reforma Constitucional de 1994 ocorreu 11 após o final da ditadura, ainda em um período de restauração democrática, em que se buscava a responsabilização do estado seus agentes, e a reparação das vítimas.

Os assassinatos, desaparecimentos, torturas e demais crimes e violências ocorridas no período da ditadura foram lembrados e citados desde a lógica do debate do “*nunca más*”. Nesse contexto, a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos contribuiria para evitar crimes dessa natureza no futuro:

Sra. OLIVEIRA (Frente Grande) (...) **Esta decisión de política constitucional tiene como fuente inmediata los delitos atroces y aberrantes cometidos por las dictaduras militares en la República Argentina, especialmente por la última. Asesinados, desaparecidos, torturados, presos, exiliados y niños separados de sus padres, se convierten en conciencia histórica que nos lleva a proponer dar jerarquía constitucional al sistema internacional de los derechos humanos.** (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994h, p. 2861) (destaques acrescidos).

Sr. ARIAS (Justicialista) (...) Estamos hablando del hombre y, en consecuencia, tiene que ver con la realidad, con la propia historia que hemos vivido los argentinos. **Se relaciona con nuestra preocupación por esa realidad de horror que padecemos durante el período de la última dictadura militar, desde 1976 hasta 1983, cuando aprendimos a valorar el sentido y trascendencia de la preservación de los derechos humanos.** Ellos tutelan intereses que trascienden a los pueblos y a los ordenamientos nacionales, constituyen valores comunes a toda la humanidad (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994h, p.2921)

Nesse sentido, foi mencionado pela convencional da Frente Grande, Alicia Oliveira, o papel de articulação das denúncias realizadas, ainda durante a ditadura militar, perante os organismos internacionais como a ONU e a OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de possibilitar a liberdade de alguns presos políticos e melhorar as condições carcerárias. Também foi por meio da investigação destes órgãos de proteção internacional dos direitos humanos que se teve a base para iniciar a atividade da CONADEP e buscar provas para o julgamento das juntas militares:

Sra. OLIVEIRA (Frente Grande) (...) Porque bien sabemos los que en aquella época nos resistimos a la dictadura militar que **fue la conciencia universal de los derechos humanos la que nos ayudó en las denuncias que realizamos ante la ONU y la OEA, ya que las acciones realizadas por los organismos internacionales —en especial la visita de la CIDH en 1979 y el informe de la OEA de 1980—, donde se investigó la violación de los derechos humanos en la Argentina, constituyeron una protección para quienes resistíamos internamente y ayudaron a conseguir algunas mejoras frente al horrible sistema de represión que vivíamos.** Algunas personas que estaban detenidas a disposición del Poder Ejecutivo salieron en libertad y fueron mejoradas en algo las condiciones

carcelarias. Lamentablemente nunca pudimos saber nada de los desaparecidos.

Lo investigado por la CIDH así como por los organismos nacionales y regionales de derechos humanos sirvió de base para la actividad de la CONADEP, creada por decreto del entonces presidente de la Nación, doctor Raúl Alfonsín. Todo esto sirvió a su vez para coleccionar gran parte de la prueba que fundara la condena de las juntas militares (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994h, p. 2861) (destaques acrecidos).

Mais de uma vez os *convencionales* argentinos demonstraram que tinham conhecimento de como o direito internacional dos direitos humanos se mostrou uma alternativa para garantir esses direitos quando o próprio Estado era o autor dessas violações. Deixaram registrado seu entendimento de que a proteção internacional dos direitos humanos protegeria os cidadãos argentinos do direito injusto de um Estado autoritário:

Sra. OLIVEIRA (Frente Grande) (...) Para terminar, no podemos dejar de considerar que **el cumplimiento de las obligaciones consagradas en los pactos de derechos humanos nos protegen del derecho injusto, ese derecho siempre disponible por los estados autoritarios y siempre a mano de algunas agencias, también autoritarias, del Estado democrático.** Ese derecho injusto construido sobre reglamentos, decisiones judiciales, decretos, que permanece oculto pero cotidianamente activo, no es invención de funcionarios malévolos, sino del uso y la costumbre, perversa a los ojos y experiencias de las víctimas, pero que está normalizado para los funcionarios ciegos que los aplican (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994h, p. 2869).

Chama a atenção neste ponto a observação feita pelo convencional Esteban Miguel Llamosas, do Partido Justicialista, sobre o alto número de presos e desaparecidos políticos do movimento Justicialista durante a ditadura. Isso porque o *dictámen de mayoría* da *Comisión de Integración y Tratados Internacionales*, que formalmente propôs a redação que atribui hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, foi majoritariamente assinado por *convencionales* do Partido Justicialista:

Sr. LLAMOSAS (Justicialista) Voy a hacer ahora una referencia histórica, pero con mucho respeto a todos los signos ideológicos y partidos políticos. La historia abona esta defensa del peronismo de los derechos humanos, y dicho con todo respeto, **la mayor parte de nuestros presos políticos detenidos a disposición del Poder Ejecutivo de la Nación durante la noche negra de la Argentina, durante el mayor genocidio de su historia, pertenecen al movimiento nacional justicialista.** La mayor parte de los desaparecidos también, y muchos de esos que estuvieron padeciendo esa persecución, que fueron detenidos a disposición del Poder Ejecutivo, hoy con otros hombres y con otras mujeres de otros signos partidarios honran a esta Convención ocupando por mandato del pueblo

cada una de sus bancas. (*Aplausos*) (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994h, p. 2927) (destaques acrescidos).

A memória da ditadura militar também foi trazida para pontuar a relação entre o binômio democracia e direitos humanos, uma vez que os direitos humanos só são passíveis de reconhecimento e efetividade em uma democracia:

Sra. OLIVEIRA (Frente Grande) (...) **La base de la normativa de derechos humanos tiene su raíz en el sistema democrático de gobierno, ya que es lógico que deba promoverse en la región y es el derecho de los derechos humanos el que impulsa el desarrollo democrático**, función primordial si nos atenemos a las trágicas experiencias vividas durante los distintos autoritarismos de Estado. (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994h, p. 2868) (destaques acrescidos).

Essa postura favorável a atribuição de hierarquia constitucional ao direito internacional dos direitos humanos é resultado do processo transicional por ruptura e da agenda de responsabilização das Juntas Militares e de busca pela verdade do primeiro governo de Alfonsín, primeiro governo democrático pós ditadura. Como mencionado anteriormente, os partidos que firmaram o Pacto de Los Olivos, que deu origem à reforma constitucional de 1994, eram partidos que se posicionaram abertamente contra a ditadura. Já no Brasil, a constituinte de 1887 era integrada por muitos parlamentares de partidos decorrentes da extinção da Arena, partido de apoio à ditadura brasileira, ou de partidos que não realizaram oposição à ditadura. Portanto, os parlamentares dos partidos que marcaram oposição à ditadura dividiam a constituinte com forças que não marcaram essa posição e até apoiavam a ditadura.

Após os debates, a *Comisión de Integración y Tratados Internacionales* formulou, nos termos do artigo 54 do *Reglamento*, um *despacho general (Dictamen de Comision nº 7)* de todos os projetos que ingressaram na Comissão contendo um projeto da maioria e três projetos da minoria e que foi encaminhado à *Comisión de Redación* (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994d). Em complementação ao *Dictamen de Comision nº 7* foi também enviado o *Dictamen de Comision nº 11* contendo uma enumeração não taxativa dos tratados internacionais sobre direitos humanos que a *Comision* aconselhou constar como anexo da Constituição (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994e).

O *dictamen de mayoría* foi assinado pelos *convencionales* do Partido Justicialista e da União Cívica Radical, havendo uma única assinatura da Frente Grande¹¹³. A proposta de redação do então inciso 19 do artigo 67 não continha em um primeiro momento a enumeração dos tratados internacionais com hierarquia constitucional como constou na redação final do atual inciso 22 do artigo 75:

Artículo 67, inciso 19: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones Internacionales, y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes u a las otras disposiciones del derecho interno.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados tienen jerarquía constitucional, y los derechos, libertades y garantías que consagran se presumen operativos. Sólo podrán ser denunciados con la mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los derechos, libertades y garantías consagrados por esta Constitución, los tratados internacionales, la legislación y las demás disposiciones del derecho interno se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados. En todos los casos se aplicará la norma de tutela más favorable. (...) (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994d, p. 3).

No informe que acompanhou a proposta de redação foi destacada a habilitação do tema pelo artigo 3º, inciso I, da Lei nº 24.309 de 1993, bem como a ausência de violação ao artigo 31 da Constituição – que foi um argumento utilizado nos debates por aqueles *convencionales* que eram contrários à atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos – considerando que a hierarquia disposta no artigo 31 trata da ordem jurídica federal sobre a ordem jurídica das províncias (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994d, p. 53).

¹¹³ O *dictamén* da maioria foi assinado pelos *convencionales*: Juan P. Cafiero (Frente Grande), Enrique de Vedia (U.C.R. Union Cívica Radical), Zelmira M. Regazzoli (Justicialista), Hugo B. Rodríguez Sañudo (Justicialista), Jorge D. Amena (U.C.R. Union Cívica Radical), Esteban M. Llamosas (Justicialista), Julio C. Araóz (Justicialista), Jorge P. Busti (Justicialista), Luis A. Cáceres (U.C.R. Unios Cívica Radical), Elisa M.A. Carrió (U.C.R. Union Cívica Radical), Julio C. Díaz Lozano (Justicialista), Elsa G. González (Justicialista), Juan C. Hitters (Justicialista), Emilia I. Juañuk (Justicialista), Marta N. Martino de Rubeo (Justicialista), Maria T. Méndez (Justicialista), Alicia Oliveira (Frente Grande), Beatriz I. Raijer (Justicialista), Nilda Romero (U.C.R. Union Cívica Radical), Dora H.N. Sachs de Repetto (U.C.R. Union Cívica Radical), Carmen I. Salcedo (Justicialista), Teresita B. Serrat (Justicialista), Héctor E. Tizón (U.C.R. Union Cívica Radical), Ramón H. Torres Molina (Frente Grande) e María C. Vallejos (Justicialista). Constou ainda a dissidência parcial do convencional Daniel A. Penã (Justicialista) que deixou registrada sua posição sobre o direito à vida iniciar desde a concepção.

Ficou registrado também a preocupação com a aplicabilidade e efetividade dos direitos, garantias e liberdades assegurados nos tratados internacionais sobre direitos humanos, entendidos como a aplicação e funcionamento imediato das cláusulas, tema que também foi debatido nas reuniões da comissão. Constatou expressamente que a falta de operatividade colocaria o Estado Argentino em mora com a comunidade internacional (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994d, pp. 58-59).

Outro ponto destacado no informe foram as violações aos direitos humanos ocorridas na Argentina durante a ditadura e os questionamentos sem respostas sobre as pessoas desaparecidas, assim como a impossibilidade de reparar a dor enquanto “os caminhos para a justiça estiveram obstruídos”:

Años de privación sistemática de los derechos fundamentales han dejado una sociedad herida y sin respuesta a interrogantes que golpean muy duro sobre la conciencia humana. ¿Dónde están las personas desaparecidas durante el terrible gobierno militar de 1976? ¿Dónde está sus cuerpos? ¿Dónde están los niños nacidos en el cautiverio de sus madres desaparecidas?

(...)

No hay forma de reparar el dolor de muchos y la pena de todos, cuando los caminos de la justicia quedaron obstruidos. Y sin razón, aún las preguntas sin respuesta, la ausencia de tantos seres queridos seguirá haciendo girar multitudes cada jueves en la Plaza de Mayo, acompañando a esas madres ejemplares. Nunca descansarán los corazones ante la deuda de la democracia, y siempre nos faltará un capítulo central cuando hablemos de los derechos humanos en la Argentina, porque el derecho a la vida de todos se encuentra mutilado (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994d, p. 55).

A presença da memória das violações de direitos humanos cometidas pelo estado na ditadura, na fundamentação da proposta de redação do inciso que atribui hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, na reforma constitucional na Argentina, evidencia uma diferença com a reforma constitucional que ocorreu no Brasil em 2004 em que, apesar de inspirada na reforma da Argentina, não teve como fundamento as violências cometidas pelo estado na ditadura.

O primeiro despacho de minoria foi assinado por *convencionales* do Partido Democrata, do Pacto Autonomista Liberal e da U. CE. DE.¹¹⁴, e tinha como proposta

¹¹⁴ Ana M. Pando, Ernesto J. Maeder (Pacto Autonomista Liberal) e Teresa C. Peltier (Democrata). Constatou ainda a dissidência parcial do convencional Juan J. M. Cullen (U. CE. DE).

a atribuição de hierarquia superior às leis aos tratados internacionais em geral, sem especificar sobre os tratados internacionais sobre direitos humanos:

Inciso 19: Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones, organismos internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Una vez ratificados y publicados prevalecerá sobre las demás leyes de la Nación, siempre que sean aplicados por las otras partes y que no hayan sido denunciados por la Nación Argentina (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994d, p. 66-67)

Já o segundo despacho de minoria foi assinado apenas pelo Convencional Luis Iriarte da Fuerza Republicana. A proposta atribuía hierarquia supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos:

Art. 4º - Incorpórase como inciso nuevo al artículo 67, el siguiente:
Inciso nuevo: Los tratados sobre derechos humanos, aprobados y ratificados de conformidad a esta Constitución, prevalecerá – en condiciones de igualdad y reciprocidad con los demás estados – sobre el ordenamiento infraconstitucional de la Nación (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994d, p. 70).

O terceiro despacho de minoria foi assinado pelos *Convencionales* Hilario R. Muruzábal e Carlos A. del Campo, ambos do MODIN. Nesta proposta, no inciso 19 do artigo 67, os tratados internacionais aprovados pelo congresso teriam a “*jerarquia legal establecida por el artículo 31 y se conformarán al artículo 27 de esta Constitución*”. Da análise dos despachos de minoria verifica-se que embora distintos, os três continham em comum a não atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Conforme a *Orden del día nº 7 de 27 de julio de 1994*, a *Comisión de Redacción* não alterou a redação das propostas apresentadas pelas minorias da *Comisión de Integración y Tratados Internacionales*, que foram enviadas na forma que vieram desta Comissão para o Plenário da Convenção Constituinte. Já a proposta apresentada pela maioria da *Comisión de Integración y Tratados Internacionales* teve sua redação alterada pela *Comisión de Redacción*. As alterações realizadas foram apenas questões formais que não mudaram o sentido do texto.

O despacho da maioria recebido na Comissão de Redação tinha o seguinte texto:

Artículo 67, inciso 19:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio sobre la prevención y la sanción del delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, tienen jerarquía constitucional y sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes del total de miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos deberán ser aprobados por el voto de las dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara, para, una vez en vigencia, gozar de jerarquía constitucional en las condiciones establecidas en el párrafo anterior.

Cláusula transitoria:

Los tratados y convenciones sobre derechos humanos no enumerados en el segundo párrafo del inciso precedente, ratificados y en vigencia al momento de sancionarse esta Constitución., tienen categoría superior a las leyes y para alcanzar jerarquía constitucional, deberán ser sometidos al trámite de aprobación legislativa previsto en el párrafo tercero de dicho inciso.

Artículo 67, nuevo inciso:

Dictar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos vigentes, en particular, para los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados.

Artículo 67, nuevo inciso:

Aprobar tratados de integración que deleguen competencias a organismos supra estatales, en condiciones de reciprocidad, igualdad y cooperación, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen categoría superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría simple de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo quedará aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos en este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. (CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994f).

Neste projeto estava incluída uma cláusula transitória que dispunha sobre o status dos tratados internacionais sobre direitos humanos já ratificados pela Argentina, mas que não estavam incluídos na lista de tratados do inciso 22 que atribuía hierarquia constitucional aos tratados e convenções inseridos textualmente

na Constituição. Esta cláusula transitória reafirmava o status superior às leis e a necessidade de aprovação definida para atribuir hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A *Comisión de Redacción* retirou esta cláusula transitória com base no entendimento de que ela apenas repetia o que já estava disposto no primeiro parágrafo do inciso 19 do artigo 67 que já dispunha sobre o a hierarquia superior às leis aos tratados ratificados anteriormente à reforma. A proposição de retirada foi realizada pela Convencional Adelina Dalésio De Viola, do Partido Justicialista (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994g, pp. 23-24).

Ainda que a atribuição da *Comisión de Redacción* envolvesse apenas questões relacionadas à melhor redação do texto recebido das demais Comissões na reunião em que foi objeto de votação os projetos *da Comisión de Integración y Tratados Internacionales*, o tema da violação ou não violação dos artigos 27 e 31 da Constituição pelo texto proposta voltou ao debate, no entanto não foi realizada nenhuma alteração no texto com base nessa questão.

Além da retirada da cláusula transitória, as demais alterações foram pontuais na redação do texto buscando dar maior esclarecimento sobre o conteúdo da norma. A aprovação do texto com as modificações propostas não foi realizada nominalmente, de forma que não consta nas notas taquigráficas, porque não foi registrado, o número de votos favoráveis ou contrários à aprovação do texto com as modificações indicadas. Consta apenas a declaração pelo Presidente da *Comisión de Redacción*, Carlos Vladimiro Corach, do Partido Justicialista, que “*Queda aprobado el tema de la comisión redactora sobre tratados Internacionales*” (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994g, p. 50).

O texto do artigo 67, inciso 19 e dos dois novos incisos aprovados pela Comissão de Redação, com as alterações destacadas, foi o seguinte:

Artículo 67, inciso 19:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás Naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la prevención y la sanción del

delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; la Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; **en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución.** Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, **luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán** del voto de las dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional

Artículo 67, nuevo inciso:

Legislar sobre medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos **por esta Constitución** y por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y **las personas con discapacidad.**

Artículo 67, nuevo inciso:

Aprobar tratados de integración que deleguen competencias a organizaciones supra estatales, en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen categoría superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos en este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994g, pp. 49-50).

No Plenário a votação do projeto apresentado pela maioria da *Comisión de Integración y Tratados Internacionales* ocorreu duas vezes. A primeira votação ocorreu imediatamente após o retorno de um intervalo de 15 minutos depois da sessão ter sido suspensa¹¹⁵ e foi realizada com a intenção de agilizar a tramitação em uma votação “por signos” (por sinais) registrada da seguinte maneira:

¹¹⁵ A sessão foi suspensa em razão do tumulto causado entre os *convencionales* após o Convencional Giordano levantar o tema do regresso de Perón à Argentina em 1964 e a alegada ordem do Presidente Illia à Força Aérea para que derrubasse o avião em que Perón viajava caso a ordem de não ingresso no espaço argentino não fosse respeitada (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994i, p. 3027).

Sr. PRESIDENTE (Pierri) (...) Pero para agilizar el trámite voy a someter a votación en general el dictamen en consideración.

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

—*La votación resulta afirmativa.*

Sr. PRESIDENTE (Pierri) — Queda aprobado en general. (*Aplausos prolongados*)

Essa forma de votação foi questionada pelos *convencionales* que fizeram uso da palavra na sequência em razão de não haver como registrar o número de votos favoráveis e contrários. Assim, foi formulada pelo Convencional Brollo uma moção de reconsideração da votação para que fosse novamente realizada utilizando os meios eletrônicos para se ter o registro exato no Diário de Seções da Constituinte. Não houve objeções ao pedido de reconsideração da votação e o resultado da segunda votação geral da *Orden del Día n 07, dictamen de mayoria*, foi aprovada por 207 votos pela afirmativa e 23 votos pela negativa (3054-3055).

Após a aprovação geral do *Dictamén da Maioría* foi realizada a votação particular de cada um dos incisos propostos, nominalmente e pelo sistema eletrônico. O conteúdo do atual inciso 22 do artigo 75 da Constituição da Argentina foi aprovado pelo Plenário da *Convención Constituyente* como o inciso 19 do artigo 67 da Constituição, com 198 votos afirmativos, 36 votos pela pensativa e duas abstenções (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994i, pp. 3057-3058). Conforme consta nas notas taquigráficas da sessão de 03 de agosto de 1994 a redação final aprovada em plenário foi:

Artículo 67 de la Constitución Nacional, inciso 19:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994i, pp. 3090-3091).

Também foram aprovados dois novos incisos para o artigo 67. O primeiro sobre a promoção de medidas de ação positiva para garantir a igualdade de oportunidade e os direitos garantidos na Constituição e nos tratados internacionais sobre direitos humanos especialmente para as crianças, mulheres, idosos e pessoas com deficiência, com 193 votos pela afirmativa, 41 votos pela negativa e 04 abstenções (03 de agosto de 1994, p. 3082):

Artículo 67 de la Constitución Nacional, nuevo inciso:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994i, pp. 3090-3091).

O segundo novo inciso incluído versava sobre a integração regional, atribuindo hierarquia superior às leis a estes tratados, com 186 votos pela afirmativa e 27 votos pela negativa:

Artículo 67 de la Constitución Nacional, nuevo inciso:

Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con estados de latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos en este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. (CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994i, pp. 3090-3091).

A numeração atual do inciso 22 do artigo 75 se deu em razão da harmonização do artigo 67, que tratava das atribuições do Congresso Nacional, com o artigo 86, que tratava das atribuições do Presidente da Nação. Com a renumeração do artigo 67 para artigo 75 a numeração dos incisos não foi alterada (CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, 1994j, pp. 4722-4727).

Assim, no texto da Reforma Constitucional de 1994, que foi publicado por meio da Lei nº 24.430 sancionada em 15 de dezembro de 1994 e promulgada em 03 de janeiro de 1995, o conteúdo sobre a atribuição de hierarquia constitucional que tramitou primeiro como inciso 19 do artigo 67 e, depois, como inciso 22 do artigo 67, foi promulgado como o inciso 22 do artigo 75 da *Constitución de la Nación Argentina*:

Artículo 75.- Corresponde al Congreso:

(...)

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; **en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.** Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Os novos incisos propostos na *Comisión de Integración y Tratados Internacionales* sobre as ações positivas para promover e garantir os direitos humanos, em especial às crianças, mulheres, idosos e pessoas com deficiência foram mantidos neste mesmo artigo, bem como os novos incisos sobre os tratados de integração.

Da análise dos debates da reforma constitucional de 1994 na Argentina é possível afirmar que a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos não era um consenso entre os *convencionales* e foi uma pauta do Partido Justicialista que tinha maioria na *Comisión de Integración y Tratados Internacionales* e que foi um partido de resistência durante a ditadura militar. O fato de existir uma comissão específica para tratar do tema da hierarquia dos tratados internacionais foi um fator que contribuiu para o aprofundamento do debate e a abordagem de diversos temas nesse contexto. O que difere do que ocorreu na reforma brasileira em que, por estar inserida em uma reforma do poder judiciário, a atribuição de equivalência de emenda constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos teve pouco espaço para o debate. Outro ator que diferencia substancialmente a reforma constitucional da Argentina da reforma constitucional do Brasil neste ponto é que na Argentina a reforma se deu por meio de um Poder Constituinte Reformado Exclusivo enquanto que no Brasil se deu por um Poder Constituinte Derivado que não era exclusivo, ou seja, pelo Congresso Nacional no exercício do Poder Constituinte Derivado.

É interessante notar que os argumentos contrários a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos na Argentina eram todos de ordem técnica sobre a autorização e competência da comissão para dispor sobre a hierarquia constitucional, ou sobre a suposta violação de direitos que poderiam vir a ocorrer em caso da constitucionalização de determinados tratados, como foi o caso do direito de réplica. Nenhum convencional se posicionou contra o direito internacional dos direitos humanos, o discurso era de “não podemos fazer isso” e não de que não queriam fazer.

Em uma entrevista realizada em 2019 o convencional Fernandez Meijide (Frente Grande) manifestou que considerava que o ponto mais importante da reforma foi a inclusão dos tratados internacionais com hierarquia constitucional porque permitiu retomar o julgamento dos militares apesar das anistias e dos indultos com base nos crimes de lesa humanidade e genocídio (ARGENTINA, 2019).

A memória das violações aos direitos humanos cometidas pelo estado durante a ditadura e a necessidade de prevenir e de se ter mecanismos pra que isso nunca mais aconteça foi um fundamento presente entre aqueles que defendiam a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos na *Convención Nacional Constituyente em 1994* na Argentina. Onze anos após o final da ditadura a memória das violências estava viva também em razão das políticas de julgamento das juntas militares e de reparação das vítimas.

4.3. A Corte Suprema de Justicia de La Nación: renovação

Para a melhor compreensão da análise das decisões da *Corte Suprema de Justicia de La Nación* (CSJN) é necessário ter conhecimento sobre seu histórico, sua estrutura e sua forma de funcionamento. Deve-se ter a visão de conjunto sobre o Poder Judiciário e a sua necessária independência do Poder Executivo como poder político, como essencial para que se tenha um Estado de Direito (SABSAY, 2004). Na Argentina se verá que o histórico de governos de fato e a estruturação da Corte, resultaram em períodos de influência do poder executivo no Poder Judiciário em razão das alterações na composição da CSJN, por exemplo.

4.3.1. Histórico, estrutura e funcionamento

A *Corte Suprema de Justicia de La Nación* é o tribunal de mais alta hierarquia do Poder Judiciário da Argentina. Sua origem está na Constituição Argentina de 1853¹¹⁶, que inaugurou a estabilização institucional após quase quarenta anos de guerras que iniciaram com a independência do país em 1816 (SABSAY,2004). As duas tentativas de Constituições anteriores, em 1819 e em 1824¹¹⁷, dispunham que o Poder Judicial seria exercido por uma Alta Corte de Justiça, composta por sete juízes e dois fiscais na Constituição de 1819 e composta por nove juízes e dois fiscais na Constituição de 1824 (MARIANELO, 2018).

Na redação original da Constituição de 1853 o número de juízes da *CSJN* era de nove além de dois *fiscales*, nos termos do antigo artigo 91. Após a reforma constitucional de 1860 o número de integrantes da *CSJN* passou a ser definido em lei do Poder Legislativo e não mais definido na Constituição. Assim, a Lei Orgânica da Justiça Federal de 1862 estabeleceu que a *CSJN* seria formada por cinco juízes e um Procurador Geral. Essa composição foi alterada em 1960 quando o Congresso aumentou para sete o número de juízes. Em 1966 o número de juízes da Corte voltou a ser de cinco e um Procurador Geral. Esta composição foi alterada em 1990 quando o número de juízes aumentou para nove. Foi no ano de 2006 com a aprovação da Lei 26.183/2006 que a composição da *CSNJ* voltou a ser de cinco juízes (MARIANELO, 2018). Internamente a *Corte Suprema de Justicia de La Nación* se organiza mediante a eleição de um Presidente e de um Vice-Presidente que permanecem três anos nessas funções.

A escolha dos juízes que compõe a *CSJN* compete ao Presidente da República que indica um nome que deve ser aprovado por dois terços dos membros do Senado Federal que estiverem presentes na sessão convocada para este fim,

¹¹⁶ Não existe consenso na Argentina quanto a qual foi o ano de início da vigência da Constituição de 1853. Para alguns a vigência se deu já em 1853 quando a Constituição foi aprovada pela maioria das províncias. Para outros a vigência da Constituição teria iniciado apenas em 1860 quando a República da Argentina estava consolidada com todas as suas províncias. Há ainda um terceiro posicionamento de que o movimento constitucional argentino entre 1853 e 1860 passou por uma etapa de transição constitucional (MARIANELO, 2018).

¹¹⁷ A Constituição de 1819 foi sancionada pelo Congresso de Tucumán que foi o Congresso que declarou a independência da Argentina. No entanto, esta Constituição não foi aceita pelas províncias e não foi colocada em prática por ter um caráter conservador, pró-monárquico e centralista. A Constituição de 1824 foi sancionada por um Congresso Constituinte, no entanto, foi igualmente não aceita pelas províncias e não entrou em vigor (MARIANELO, 2018).

nos termos do artigo 99 inciso 4 da Constituição. Os critérios para integrar a *CSJN* como juiz estão estabelecidos no artigo 111 da Constituição e são: (i.) ser advogado com no mínimo oito anos de exercício da profissão; (ii.) idade mínima de 30 anos; (iii.) e ter as qualidades requeridas para ser senador estabelecidas no artigo 55 da Constituição, que são: “ter trinta anos de idade, ser cidadão da Nação há seis anos, gozar de uma renda anual de dois mil pesos fortes ou renda equivalente e ser natural da província que o elege, ou com dois anos de residência imediata na mesma”¹¹⁸.

De acordo com o artigo 4º do Decreto 222/2003 uma vez que se tenha uma vacância na *CSJN* será publicado no Diário Oficial em até 30 dias uma lista com o nome e o currículo das pessoas que se encontram em consideração para ocuparem a vaga, trata-se de uma etapa prévia à indicação realizada pelo Presidente da República. Além da aprovação no Senado associações profissionais, entidades acadêmicas e de direitos humanos, Organizações Não Governamentais e qualquer cidadão podem apresentar por escrito considerações sobre as pessoas cotadas para ocupar uma cadeira na *CSJN*, conforme dispõe o artigo 6º Decreto 222/2003. Após a aprovação pelo Senado do nome indicado pelo Presidente da República, este é quem nomeia a pessoa para integrar a *CSJN* por meio de Decreto Presidencial.

A permanência no cargo de juiz da *CSJN* está condicionada à sua boa conduta, conforme dispõe o artigo 110 da Constituição “Os juízes da Corte Suprema e dos tribunais inferiores da Nação conservação seus empregos enquanto dure sua boa conduta”¹¹⁹. Ao atingir a idade de 75 anos é necessário nova nomeação que terá a validade de cinco anos e poderá ser repetida sem limitação, nos termos do artigo 99 da Constituição alterado pela reforma de 1994.

A *Corte Suprema de Justicia de La Nación* tem como função assegurar a supremacia da Constituição, é a intérprete final da Constituição e deve assegurar os direitos e garantias nela elencados. O controle de constitucionalidade realizado pela *CSJN* é concreto e não há controle de constitucionalidade abstrato no ordenamento

¹¹⁸ Tradução livre. No original: “Son requisitos para ser elegido senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.”

¹¹⁹ Tradução livre. “No original: Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta”

jurídico da Argentina. Este ponto diferencia a atuação do Supremo Tribunal Federal no Brasil e da *Corte Suprema de Justicia de La Nación* visto que no Brasil o controle de constitucionalidade pode ser concreto ou abstrato e o STF realiza, de forma ambas as formas de controle de constitucionalidade.

A atuação da CSJN no controle de constitucionalidade “tem como fim garantir a eficácia e o alcance do bem comum, a legitimidade e juridicidade da atuação estatal e a defesa ativa dos direitos humanos”¹²⁰ (MARIANELO, 2018, p. 23). Os artigos 116 e 117 da Constituição elencam a atuação da CSJN e do Poder Judiciário no geral. O acesso jurisdicional à CSJN se dá por meio do Recurso Extraordinário, do Recurso Ordinário e por meio da Via Originária e Exclusiva. Além disso a CSJN atua em casos de Recursos diretos por apelação denegada, queixas por atraso na justiça, conflitos de competência, conflitos entre juízes, *avocaciones*, recursos de reconsideração aclaratória e reposição de suas próprias decisões, e recursos de apelação de sanções disciplinares aplicadas aos juízes (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, s.d.)

Quanto ao controle de constitucionalidade na Argentina, Carlos Nino leciona que “a possibilidade de controle de constitucionalidade parece estar fundada no art. 31, que estabelece a supremacia da Constituição”¹²¹ (NINO, 2013, p.668), ainda que a redação do artigo não defina quem exerce esse controle. No entanto destaca, que o artigo 100 da Constituição, ainda na redação anterior à reforma de 1994, determinava a competência da CSJN e dos tribunais inferiores para conhecer e decidir sobre todas as causas que versassem sobre pontos regidos pela Constituição (ARGENTINA, 1853, p. 52)¹²².

¹²⁰ Tradução livre. No original: Tiene como fin garantizar la eficacia en el logro del bien común, la legitimidad y juridicidad de la actuación estatal y la activa defensa de los derechos humanos

¹²¹ Tradução livre. No original: “la posibilidad del control de constitucionalidad parece estar fundada en el art. 31, que establece la supremacia de la Constitución”

¹²² O artigo 100 da Constituição de 1853 antes da reforma de 1994 dispunha “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67: y los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”. Após a reforma de 1994 o conteúdo do artigo foi alterado e também renumerado, passando a constar no artigo 116 “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules

A *Corte Suprema de Justicia de La Nación* passou a exercer o controle de constitucionalidade desde a promulgação da Constituição de 1853. Foi no julgamento do caso “*Municipalidad de la Capital c/ Elortondo*” que a corte fixou definitivamente esse controle tanto para atuação da *CSJN* como para os tribunais de justiça:

A respeito especificamente ao controle judicial de constitucionalidade, a Corte disse que os tribunais de justiça têm o dever e a atribuição de examinar as leis nos casos concretos que são levados a sua decisão, comparando-as com o texto da Constituição para determinar se guardam ou não conformidade com esta y devem abster-se de aplica-las se elas se encontram em oposição com a Constituição, constituindo essa atribuição moderadora um dos fins supremos e fundamentais do Poder Judicial nacional, e uma das maiores garantias que se tem entendido assegurar os direitos consignados na Constituição, contra os abusos possíveis e involuntários dos poderes públicos (NINO, 2013, p. 669)¹²³.

O autor¹²⁴ ainda destaca que a *CSJN* foi modesta no uso da atribuição do controle de constitucionalidade e que este controle somente foi exercido com “mais audácia para desqualificar leis de transcendência no período de 1983-1989” (NINO, 2013, p.670)¹²⁵. Destaca-se que, após a reforma constitucional de 1994, foi inserida a ação de amparo na Constituição no atual artigo 43, único que menciona expressamente a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da norma¹²⁶.

extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”

¹²³ Tradução livre. No original: Respecto especificamente del control judicial de constitucionalidad, la Corte dijo que los tribunales de justicia tienen el deber y la atribución de “examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con ex texto de la Constitución para determinar si guardan o no conformidad con ésta, y abstraerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ellas, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional, y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos”

¹²⁴ Destaca-se que Carlos Santiago Nino faleceu em 1993 e ainda que a obra tenha sido reeditada em 2013, esta constatação manifestada no livro foi escrita quando da primeira edição publicada em 1991. Portanto, esta afirmação é válida para aquele a atuação da *CSJN* até aquele período.

¹²⁵ Tradução livre. No original: más audacia para descalificar leyes de transcendencia en el período de 1983-1989.

¹²⁶ Art. 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de

Foi visto, no caso brasileiro, que o Supremo Tribunal Federal teve sua composição alterada mediante o aumento ou redução do número de Ministros por diversas vezes, sendo o aumento de 11 para 16 Ministros determinado pelo Ato Institucional nº 02. A nomeação de ministros alinhados à ditadura foi uma das alterações mais significativas, por parte do governo usurpador, que deu sustentação à medida a partir de uma justificativa de desafogar a pauta do STF, mas que tinha como meta a formação de uma maioria que fosse capaz de garantir resultados favoráveis ao novo governo ditatorial. .

Na Argentina, em razão da permanência no cargo de juiz da *CSJN* não ser vitalícia e sim pela duração da boa conduta (artigo 110 da Constituição Nacional), a alteração da composição da Corte para se tornar favorável ao poder político vigente nem sempre veio acompanhada da alteração do número de juízes.

Daniel Alberto Sabsay (2004) destaca que a *Corte Suprema de Justicia de La Nación* teve a sua composição completamente alterada ou alterada a maioria de seus membros por diversas vezes desde sua instauração em 1853:

Em suma, no que diz respeito à sua composição «o Tribunal mudou completamente ou em suas maiorias desde aquela primeira vez (1947, 1955, 1958/60, 1966, 1973, 1976, 1983 e 1990). O período histórico com menor estabilidade abrange de 1947 a 1983 (36 anos), pois havia 46 juízes, alguns dos quais não duraram um ano no cargo, com média de 4,17 anos cada. Se computarmos o período 1947-2002 (55 anos), o país contava com 62 juízes na Corte, com média de 7,22 anos cada. Assim, e apesar da forte instabilidade gerada pelo aumento de membros (1990) e as demissões produzidas ou provocadas (1989 e 1993), o período que se iniciou com o retorno da democracia em 1983 até o presente (dezembro de 2002) tem se mantido bastante estável. para a história do Tribunal em termos de médias numéricas, uma vez que 16 juízes se sucederam com uma duração média de 8,87 anos cada, uma média que é historicamente salva pelos três juízes que, desde 1983, estão no cargo há 19 anos» (SABSAY, 2004, pp. 497-498)¹²⁷.

incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

¹²⁷ Tradução livre. No original: “En resumen, en lo que hace a su composición «la Corte cambió por completo o en sus mayorías desde esa primera vez (1947, 1955, 1958/60, 1966, 1973, 1976, 1983 y 1990). El periodo histórico con menor estabilidad cubre desde 1947 a 1983 (36 años), ya que se

O período apontado como o de menor estabilidade na composição da *CSJN* é o compreendido entre 1947 e 1983, período que sofreu três golpes de Estado: em 1955, entre 1966 e 1973 e entre 1976 e 1983, este último período referente à Ditadura Institucional das Forças Armadas cujo contexto e transição foram aprofundados no ponto 3.1. Daniel Sabsay (2004) destaca que as trocas frequentes na composição da *CSJN* não ocorreram em razão do processo normal de renovação ou da utilização do juízo político para a remoção dos juízes e sim foram destituições que ocorreram em razão dos golpes de Estado. O autor aponta que a troca da composição da *CSJN* se deu “como produto da substituição permanente de governos de fato por governos de direito, sem solução de continuidade”¹²⁸ porque cada novo governo substituía os membros da Corte (SABSAY, 2004, pp. 494-497).

Foi após o primeiro golpe militar na Argentina, em 06 de setembro de 1930, quando a Corte Suprema de La Nación tornou legítima a tomada do governo e a derrubada do presidente Yrigoyen por meio de uma acordada, que nasceu a chamada “*doctrina de facto*”. Foi justamente a ideia de governos de fato que deu legitimidade para os golpes militares que ocorreram posteriormente em 1943, 1955, 1962, 1966 e 1976 (SABSAY, 2004, p. 496), isto porque as acordadas passaram a legitimar as normas produzidas pelos governos usurpadores.

Na transição para a democracia na Argentina todos os magistrados da *CSJN* que atuaram na Corte durante a Ditadura Institucional de Forças Armadas, entre 1976 e 1983, foram removidos pelo presidente Raúl Alfonsín (SABSAY, 2004; GALLO, 2016). Por esta razão, se diz que a *Corte Suprema de Justicia de La Nación* é caracterizada pela renovação na transição política para a democracia. Neste primeiro momento a nova composição da *CSJN* era integrada por Genaro Carrió, Carlos Fayat, Augusto Belluscio, José Severo Caballero e Enrique Petracchi. Na escolha se buscou nomear juristas com uma orientação ideológica plural. Assim,

sucedieron 46 jueces, algunos de los cuales no llegaron a durar un año en funciones, con un promedio de 4,17 años cada uno. Si computamos el periodo 1947-2002 (55 años), el país tuvo 62 jueces en la Corte, con un promedio de 7,22 años cada uno. Así las cosas, y a pesar de la fuerte inestabilidad generada por el aumento de miembros (1990) y las renunciaciones producidas o provocadas (1989 y 1993), el período que comenzó con el retorno de la democracia en 1983 hasta el presente (diciembre de 2002) ha sido para la historia de la Corte bastante estable en términos de promedios numéricos, ya que se sucedieron 16 jueces con un promedio de duración de 8,87 años cada uno, promedio que queda históricamente salvado por los tres jueces que desde 1983 llevan 19 años en funciones» (SABSAY, 2004, pp. 497-498)

¹²⁸ Tradução livre. No original: “como producto del permanente reemplazo de Gobiernos de facto por Gobiernos de jure, sin solución de continuidad”

Augusto Belluscio e José Caballero estavam vinculados ao radicalismo, enquanto que Enrique Petracchi estava vinculado ao justicialismo e Genaro Carrió e Carlos Fayat eram considerados personalidades independentes (SABSAY, 2004, p. 499).

Como foi visto no ponto 3.1, durante o mandato de Raúl Alfonsín (1983-1989) ocorreram, no país, uma série de julgamentos criminais dos dirigentes da Ditadura, que ficaram conhecidos como *Juicio a las Juntas*. Nesse contexto de atuação do Poder Judiciário contra os crimes perpetrados durante a Ditadura, a *Corte Suprema de Justicia de La Nación* teve uma atuação forte na garantia dos direitos individuais, que demonstrava independência do Poder Político, em uma conjuntura de primeira formação da Corte no primeiro governo pós ditadura, conforme Daniel Sabsay:

A esta primeira Corte da democracia deve-se um número significativo de decisões através das quais foram revigoradas as garantias individuais, a autonomia da vontade, a privacidade, todas visando uma verdadeira modernização do Direito argentino baseado em um liberalismo social, promotor de mudanças em questões sociopolíticas e de o campo legislativo. A sua atuação manifestou um adequado padrão de independência face ao poder político, embora tenha de lhe fazer algumas concessões em aspectos relacionados com as relações civis-militares, fruto dos acordos que o Governo teve de celebrar com as Forças Armadas que importaram uma quebra em sua política de rever o que aconteceu durante o processo militar que antecedeu o advento da democracia¹²⁹. (SABSAY, 2004, p. 499).

No entanto, a atuação da CSJN mudou quando Carlos Menem assumiu a Presidência da República em 8 de julho de 1989. Menem aumentou para nove o número de juízes da CSJN, justificando a necessidade do aumento de juízes na necessidade de celeridade no julgamento dos processos¹³⁰ para mascarar a intenção de influência na Corte mediante a nomeação de novos juízes alinhados ao novo governo. A Corte apresentou manifestação oficial informando ser contra o aumento de membros e que não foi consultada pelo Poder Executivo acerca dessa mudança. Ainda, na prática, o aumento do número de membros da Corte resultou

¹²⁹ Tradução livre. No original: “A esta primera Corte de la democracia se le debe un número importante de fallos a través de los cuales se vigorizaron las garantías individuales, la autonomía de la voluntad, la intimidad, todo ello encaminado a un verdadero *aggiornamento* del Derecho argentino basado en un liberalismo social, impulsor de cambios en materia socio política y en el ámbito legislativo. Su actuación manifestó un standard adecuado de independencia al poder político, si bien tuvo que hacerle a éste algunas concesiones en aspectos relativos a las relaciones cívico militares, como producto de los acuerdos que el Gobierno tuvo que celebrar con las Fuerzas Armadas que importaron un quiebre en su política de revisión de lo acontecido durante el proceso militar que antecedió al advenimiento de la democracia.”

¹³⁰ O aumento do número de juízes da CSJN se deu por meio da sanção da Lei 23.74. A tramitação dessa lei foi conflituosa e na época ocorreram denúncias de que pessoas que não eram legisladores teriam participado da votação no Congresso (SABSAY, 2004).

em aumento do tempo de tramitação dos processos em razão da necessidade de manifestação de mais juízes. (SABSAY, 2004, P. 500).

Essa alteração na composição da Corte resultou na saída do juiz Bacqué e na renúncia do Juiz Severo Caballero um pouco depois, ambos por não concordarem com a influência do governo na *CSJN*. Como resultado da alteração do número de juízes da *CSJN*, seis dos nove juízes se tornaram alinhados ao governo de Menem. Os nomeados para as quatro novas vagas e em substituição à Bacqué e Caballero eram juristas considerados simpatizantes do Partido Justicialista (SABSAY, 2004, p. 500).

A atuação da Corte após a nova configuração passou a ser favorável ao Poder Executivo, que mediante o aumento de juízes passou a ter uma maioria automática na *CSJN*. A Corte que havia sido renovada por Raúl Alfonsín na transição para a democracia e alcançado independência do Poder Executivo, agora novamente estava vinculada ao governo e com sua independência questionada por juristas na época (SABSAY, 2004).

A Corte iniciou a retomada de sua independência com o *Pacto de Los Olivos* que antecedeu a Reforma Constitucional de 1994, visto que a renovação parcial da Corte foi um dos pontos acordados, conforme já visto no ponto 3.2. No entanto Menem continuou nomeando juízes alinhados com o Governo, a última nomeação ocorreu em 1995, ocasião em que Menem se manifestou dizendo que “todos os governos querem uma Corte que Concorde com o Poder Executivo”¹³¹ (SABSAY, 2004, p. 504).

Nota-se, assim, que a *Corte Suprema de Justicia de La Nación*, apesar de sua renovação e sua atuação independente na transição para a democracia, teve dificuldades no primeiro e no segundo governo pós ditadura para manter a sua atuação judicial independente do governo. Portanto, há uma diferença inicial com o caso brasileiro quanto ao expurgo dos juízes que atuaram na *CSJN* durante a Ditadura Institucional das Força Armadas, dado que no Brasil foram mantidos os Ministros do STF nomeados durante a ditadura. Contudo, a renovação com juristas independentes não durou muito tempo e o Poder Executivo passou a ter influência na Corte.

¹³¹ Tradução livre. No original: Todos los gobiernos quieren una Corte que concuerde con el Poder Ejecutivo”

4.3.2. Análise das decisões da CSJN

A análise das decisões foi realizada em duas etapas. A primeira etapa é uma análise quantitativa que tem como finalidade apenas verificar numericamente o número de decisões da CSJN sobre tratados internacionais de direitos humanos para poder comparar a recorrência desses resultados com os julgados da STF e também comparar numericamente a CSJN internamente quanto ao período anterior à Reforma Constitucional de 1994 e a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos no inciso 22 do artigo 75 e o período após essa alteração constitucional. A segunda etapa é uma análise qualitativa de decisões selecionadas, casos paradigmáticos, um para o período anterior à Reforma Constitucional de 1994 e outro para o período após a Reforma de 1994.

Para a etapa quantitativa foi realizada pesquisa no sistema de busca de jurisprudência buscador de *Fallos* da CSJN¹³² sobre dois períodos temporais, entre o final da ditadura e a reforma constitucional de 1994, ou seja, decisões proferidas sob a égide da Constituição de 1853 não reformada, e as decisões após a reforma constitucional de 1994 até 21 de dezembro de 2021. O sistema de buscas da CSJN é diferente para as decisões após a reforma constitucional de 1994 e as decisões anteriores à reforma. É possível realizar a pesquisa por “*Fallos Completos*”¹³³ a partir de 1994, enquanto que para as decisões anteriores a pesquisa é por meio da opção “*Sumarios*”¹³⁴, o que também justifica a pesquisa de forma separada para cada um desses períodos.

Na pesquisa na ferramenta de busca “*sumários*”, - para o período entre 06 de dezembro de 1983 (dissolução da junta militar) e 21 de agosto de 1994 (véspera da publicação e vigência da reforma constituinte de 1994) – a busca foi pelos termos “*tratados Internacionales derechos humanos*”, “*derecho internacional derechos humanos*” e “*derechos humanos*”, e obteve-se nove, três e setenta e nove resultados respectivamente. Na pesquisa por sumários foi selecionada a opção de busca por

¹³² Link para acesso ao sistema de busca de jurisprudência da Corte Suprema de Justicia de la Nación: <https://www.csjn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/sentencias-de-la-corte-suprema>

¹³³ Link para acesso ao sistema de busca da CSJN POR “*fallos completos*” disponível em: <https://siconsulta.csjn.gov.ar/siconsulta/fallos/consulta.html>

¹³⁴ Link para acesso ao sistema de busca da CSJN por “*sumários*” disponível em: <https://siconsulta.csjn.gov.ar/siconsulta/consultaSumarios/consulta.html>

“*todas las palabras*” após a busca por “*frase exacta*” pelos mesmos termos, ter resultado em apenas duas decisões para os dois primeiros termos pesquisados

Na pesquisa na seção “*Fallos Completos*”, a partir de 1994, foi realizada a busca selecionando-se a opção “*frase exacta*”, dos seguintes termos: “*apertura constitucional*”, “*derecho internacional de los derechos humanos*”, “*tratados internacionales de derechos humanos*” e “*tratados Internacionales sobre derechos humanos*”. Quantitativamente o resultado da busca para cada um dos termos foi de zero, oitenta e dois, trinta e quinze *fallos*, respectivamente.

Tem-se, portanto, o total de 91 decisões como resultado dos termos pesquisados para o período anterior à Reforma Constitucional de 1994 e o total de 127 decisões como resultado dos termos pesquisados para o período posterior à Reforma Constitucional de 1994. Nota-se um aumento após a reforma que atribuiu expressamente hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos no país. Essa diferença, no entanto, é substancialmente menor que a diferença notada na pesquisa qualitativa realizada no STF, em que se passa de dois para 37 resultados.

A escolha da decisão anterior à Reforma Constitucional de 1994 para a análise qualitativa se deu em razão da notoriedade do caso que foi citado inúmeras vezes nos debates da *Convención Nacional Constituyente* inclusive para justificar a necessidade de atribuir expressamente a hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos para compatibilizar o texto constitucional com a jurisprudência da CSJN, o caso em questão é o *Ekmekdjian et al. v. Sofovich* (315:1492, 1992). A escolha da decisão posterior à Reforma Constitucional de 1994 foi feita em consulta aos “*Fallos destacados por matéria*” selecionados pela própria Secretaria de Jurisprudência da CSJN em que há uma seleção específica para “*derechos humanos*”. Na pesquisa entre estes *Fallos* selecionados foi realizada a filtragem pelo termo “*tratados Internacionales*” e se chegou como resultado ao *Fallo* 343:1704 de 19 de novembro de 2020.

A análise qualitativa foi realizada com a finalidade de identificar a diferença na forma de aplicação do direito internacional dos direitos humanos na CSJN antes da expressa atribuição de hierarquia constitucional pelo inciso 22 do artigo 75 da Constituição e depois dessa alteração legislativa.

O *Fallo* 315:1492 de 07 de julho de 1992, o caso *Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros* trata-se de recurso extraordinário relativo ao exercício do direito de réplica, que foi inclusive um tema debatido na Reforma Constitucional de 1994. No voto vencedor, o recurso extraordinário foi julgado procedente para revogar a sentença recorrida. A *CSJN* condenou o Gerardo Sofovich a conceder o direito de réplica à *Ekmekdjian*.

Na fundamentação da decisão, a Corte aplicou o artigo 27 da Convenção de Viena Sobre os Direitos dos Tratados que confere primazia ao direito internacional sobre o direito interno para fazer valer o Pacto San José da Costa Rica que prevê o direito de réplica sobre o ordenamento jurídico argentino. A corte fez constar no Considerando 19 que:

19) Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena **impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna** contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27 (destaques acrescidos) (*CSJN, Fallo* 315:1492 de 07 de junio de 1992. p. 21).

Note-se que afirmam a primazia do tratado sobre qualquer norma interna em caso de conflito, sem fazer distinção sobre uma norma infraconstitucional ou constitucional. Nos debates constituintes anteriormente analisados é possível verificar que fora da *CSJN* o entendimento sobre a decisão no caso *Ekmekdjian* foi diverso. Para algumas pessoas a corte apenas estava reconhecendo a primazia sobre as leis, enquanto que para outro grupo de pessoas o reconhecimento era inclusive de primazia sobre a Constituição. De todo modo, após a ditadura e antes da Reforma Constitucional de 1994 a *CSJN* já aplicava em suas decisões tratados internacionais de direitos humanos com fundamento em normas dos próprios tratados e do artigo 31 da Constituição Nacional, conforme o considerando nº 15:

15) Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta, o rectificación ha sido establecido en el artículo 14 Ver Texto del Pacto de San José de costa Rica que, al ser aprobado por ley 23054 y ratificado por nuestro país el 5 de septiembre de 1984, es **ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional**. Cabe, entonces, examinar si -como afirma el recurrente aquella disposición resulta directamente operativa en nuestro derecho interno o si, por el contrario, es menester su complementación legislativa (*CSJN, Fallo* 315:1492 de 07 de junio de 1992. p. 20).

Houveram dissidências que declararam inadmissível o recurso extraordinário e confirmaram a sentença apeada que havia negado o exercício do direito de réplica. Contudo, nos votos dissidentes não houve debate sobre a relação de hierarquia entre os tratados internacionais sobre direitos humanos e o direito interno. Na dissidência dos ministros Don Enrique Santiago Petracchi e Don Eduardo Moliné O'Coocor estes fizeram constar que não se estava diante de uma questão de conflito entre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e uma lei nacional, razão pela qual deixaram de abordar no voto dissidente o ponto relativo a qual ordenamento jurídico deve prevalecer.

O *Fallo* 343:1704 de 19 de novembro de 2020 trata-se de um amparo coletivo, de competência originária da CSJN, que foi ajuizado por *Lee, Carlos Roberto y outro contra o Consejo de Atención Integral de Emergencia Covid-19 da Província de Formosa*. No pedido os autores solicitaram que a CSJN emitisse uma medida cautelar para ordenar que a Província de Formosa admitisse o imediato ingresso no território da província de diversos cidadãos que desejam retornar aos seus domicílios na região e estavam proibidos de retornar em razão de uma determinação emitida pela província acerca de medidas adotadas no âmbito da emergência da pandemia da Covid-19.

A Corte requereu informações à Província de Formosa que apresentou relatório em que constava o número de pedidos de ingresso na província e a relação dos pedidos aceitos, negados e que aguardavam autorização. Diante da verificação de que menos de 50% das pessoas que haviam solicitado ingresso na província tiveram seu pedido autorizado, e muitos aguardavam a decisão sobre seu pedido há muitos meses a CSJN entendeu que a normativa restringia direitos e não era razoável em seu aspecto econômico e temporal.

A CSJN em sua decisão considerou não só a incidência de direitos e garantias previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos ao caso como também trouxe na fundamentação da decisão declarações emitidas pela Corte Interamericana de direitos humanos, conforme consta no Considerando 5º e 6º da decisão:

5º) Que tal como este Tribunal lo señaló en la causa FRE 2237/2020/CS1 “Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva”,

sentencia del 10 de septiembre de 2020, **la Corte Interamericana de Derechos Humanos el pasado jueves 9 de abril de 2020 emitió una Declaración titulada “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”**, a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal (...)

6°) Que la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho a transitar libremente en su territorio, sin distinción alguna (artículos 8° y 14).

Por su parte, entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto la “Convención Americana sobre los Derechos Humanos” (aprobada por la ley 23.054), como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (aprobado por la ley 23.313), ambos con jerarquía constitucional (**artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental**), también reconocen en los incisos 1° de sus artículos 22 y 12, respectivamente, el derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a circular libremente por él; y si bien el ejercicio de dicho derecho puede ser restringido en virtud de una ley cuando sea necesario para proteger, entre otras cosas, la salud pública, lo cierto es que las restricciones deben ser compatibles con los demás derechos reconocidos en esos pactos (incisos 3° de los artículos 12 y 22 citados) (destaques acrecidos) (CSJN, *Fallo* 343:1704 de 19 de noviembre de 2020, pp.10-11).

Verifica-se, portanto, neste *Fallo* recente e selecionado pela própria secretaria de Jurisprudência da CSJN que a Corte tem aplicado de maneira direta e objetiva direitos garantidos em tratados internacionais sobre direitos humanos em suas decisões com fundamento no inciso 22 do artigo 75 da Constituição. É possível afirmar, portanto, que a Reforma Constitucional de 1994 de fato resolveu o problema da controvérsia que existia anteriormente acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico interno da Argentina. Os tratados sobre direitos humanos com hierarquia Constitucional estão expressamente definidos no inciso 22 do artigo 75, bem como o procedimento para um tratado sobre direitos humanos ser internalizado com hierarquia constitucional e a hierarquia superior às leis dos tratados internacionais sobre direitos humanos que não são internalizados segundo aquele procedimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abertura das constituições não é um fenômeno recente, tampouco ocorre apenas em relação ao direito internacional dos direitos humanos. Contudo, é a abertura constitucional para o direito internacional dos direitos humanos que possibilitou nos casos estudados nesta dissertação a incorporação de direitos humanos previstos em tratados internacionais à ordem constitucional interna. Na prática a internalização desses tratados além de reforçar o compromisso assumido pelo Estado internacionalmente, reforça a efetividade desses direitos no âmbito interno, em graus maiores ou menores a depender da status com que foram internalizados.

No Brasil, a abertura ao direito internacional dos direitos humanos foi realizada em dois momentos. Primeiro, pelo constituinte originário no §2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao dispor que “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.” O segundo momento foi pelo constituinte reformador, com a Emenda Constitucional 45/2004 que inseriu no artigo 5º o §3º, com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

No entanto, após a Emenda Constitucional 45/2004 e a inclusão do §3º no artigo 5º da Constituição, o Supremo Tribunal Federal bloqueou a internalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos com status constitucional ao definir o entendimento pelo status supralegal destes tratados quando internalizados na forma do §2º do artigo 5º, atribuindo o status constitucional apenas para os tratados sobre direitos humanos aprovados na forma do §3º do artigo 5º.

Com essa interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, o Brasil internalizou apenas três tratados internacionais com status de emenda constitucional: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Tratado de Marraqueche e a Convenção Interamericana Contra o Racismo, aprovados conforme o procedimento do §3º do artigo 5º da Constituição.

Na Argentina, a Constituição de 1853 já continha uma cláusula de direitos inominados, resultado da primeira abertura constitucional após a independência, apontada por Mariela (2012), que dispunha no artigo 33 que “As declarações, direitos e garantias elencados na Constituição não devem ser entendidos como negação de outros direitos e garantias não elencados (...)”¹³⁵.

Conforme detalhado no quarto capítulo, a reforma da Constituição Argentina em 1994 teve grande impacto no tema dos direitos humanos com a atribuição de hierarquia constitucional para os tratados internacionais de direitos humanos, conforme disposição do artigo 75, alínea 22 que elenca extensa lista de tratados internacionais sobre direitos humanos que “possuem hierarquia constitucional, não revogam nenhum artigo da primeira parte desta Constituição e devem ser entendidos como complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos” e que prevê o procedimento legislativo para internalizar tratados internacionais sobre direitos humanos com hierarquia constitucional.

Para a doutrina argentina, a atribuição de status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos alterou a figura da pirâmide, em que a Constituição ocupava o topo, para um trapézio no qual a Constituição e os tratados internacionais sobre direitos humanos elencados no inciso 22 do artigo 75 ocupam o mesmo espaço. Na prática a hierarquia constitucional atribuída a estes tratados impulsiona e obriga o país a cumprir as obrigações internacionalmente assumidas (BAZÁN, 2007).

O problema de pesquisa partiu da constatação dessas diferentes formas de internalizações do direito internacional dos direitos humanos nos dois países e questionou que fatores foram determinantes para que o direito internacional dos direitos humanos encontrasse melhores condições de aplicação na Argentina do que no Brasil no período de redemocratização. Na hipótese se considerou que a forma como o direito internacional dos direitos humanos foi internalizado no Brasil e na Argentina estaria relacionada diretamente com as decisões políticas tomadas durante os processos de redemocratização, sendo possível identificar movimentos favoráveis ou contrários ao impulsionamento da aplicação e desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos em cada país.

¹³⁵ Tradução livre. No original: “Art. 33 - Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Ao comparar os resultados da justiça transicional no Brasil e na Argentina, Anthony Pereira (2010, p. 238) identificou diferenças essenciais para compreender a transição política nos dois países e vale destacar as seguintes: (i.) enquanto que a *Corte Suprema de Justicia de La Nación* anulou as leis de autoanistia militar, o Supremo Tribunal Federal julgou recepcionada pela nova ordem constitucional a lei de anistia brasileira; (ii.) Após a ditadura, no Brasil foi promulgada uma nova Constituição em 1988 enquanto que na Argentina foi restabelecida a Constituição de 1853; (iii.) na Argentina os dirigentes dos regimes autoritários foram levados a julgamento, enquanto que no Brasil isso não ocorreu; (iv.) no Brasil civis foram julgados pela justiça militar, enquanto que na Argentina os civis foram isentos da justiça militar; (v.) na Argentina foram realizados expurgos na polícia e nas forças armadas, e no Brasil isso não ocorreu; (vi.) a Argentina realizou expurgos no Poder Judiciário, enquanto que no Brasil os membros do poder judiciário que atuaram na ditadura foram mantidos em seus cargos. Os únicos pontos em comum identificados foram a criação de Comissões de Verdade Oficiais e a indenização das vítimas. No entanto, este movimento ocorreu muito antes na Argentina do que no Brasil.

Para esta pesquisa é importante acrescentar mais uma diferença específica que se refere à composição das Cortes Constitucionais no período de transição política: a Argentina removeu todos os ministros nomeados para a *CSJN* durante a ditadura, enquanto que o governo de transição brasileiro manteve no STF todos os ministros nomeados durante o período autoritário. Estes fatores, entre outros, confirmam a classificação doutrinária da transição política brasileira como uma “transição negociada” e da transição política argentina como uma “transição por ruptura” (GALLO, 2016).

Da análise dos anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e dos debates legislativos referentes à Emenda Constitucional 45/2004 no Brasil e dos anais da *Convención Nacional Constituyente* de 1994 da Argentina, foi possível identificar os fundamentos favoráveis e os fundamentos contrários à internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos em cada país. A Tabela 01 e a Tabela 02 sintetizam esses fundamentos:

TABELA 01

| FUNDAMENTOS FAVORÁVEIS À INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS | |
|---|---|
| BRASIL | ARGENTINA |
| <p>Artigo 5º, §2º da Constituição de 1988</p> <ul style="list-style-type: none"> • Contribuição para a projeção da conquista interna da democracia no plano internacional; • Avanço para a proteção dos direitos humanos e também para a consolidação da democracia após o período autoritário; | <p>Artigo 75, inciso 22 da Constituição de 1983 reformada em 1994</p> <ul style="list-style-type: none"> • Jurisprudência da <i>CSJN</i> que estabeleceu a supremacia hierárquica dos tratados internacionais sobre o direito interno e que deveria ser expressamente incorporada ao texto constitucional; • Necessidade de proteção específica de alguns grupos, como mulheres, crianças e idosos e os respectivos tratados internacionais sobre direitos humanos; • Relação entre o binômio democracia e direitos humanos, sendo trazida a memória da ditadura militar; • Evitar que no futuro ocorram crimes como as violações aos direitos humanos cometidas pelo estado argentino durante a ditadura militar, dentro da lógica do debate do “<i>nunca más</i>”; |
| <p>Artigo 5º, §3º da Constituição de 1988 incluído pela EC 45/2004</p> <ul style="list-style-type: none"> • Existência de controvérsia acerca do processo de internalização das normativas de direito internacional dos direitos humanos à ordem constitucional porque o §2º do artigo 5º não explicitou a hierarquia interna das normas integrada pela cláusula de materialidade aberta; • Proporcionar maior efetividade ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos; • Exemplo da reforma da Constituição Argentina; | |

TABELA 02

| FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS À INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS | |
|--|--|
| BRASIL | ARGENTINA |
| <ul style="list-style-type: none"> • Impossibilidade de o direito internacional integrar o direito interno porque “o direito internacional é público e privativo”; • “Não acrescenta nada” tratados seriam cumpridos independente da hierarquia constitucional; • Temor de um tratado internacional alterar ou abolir a Constituição; | <ul style="list-style-type: none"> • A Lei nº 24.309 de 1993 não autorizava a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, porque violaria o artigo 31 e o artigo 27 da Constituição que se encontravam na parte dogmática cuja alteração era proibida pelo <i>Pacto de Los Olivos</i>; • O artigo 33 da Constituição que trata dos direitos e garantias não enumerados já abrangeria a inclusão dos tratados internacionais sobre direitos humanos no direito interno; • Violação de direitos, como o direito de réplica. |

No Brasil, a inclusão do §2º do artigo 5º na Constituição Cidadã de 1988 decorreu de uma sugestão do jurista Antônio Cançado Trindade realizada em audiência pública e acolhida pelos parlamentares constituintes da Subcomissão dos

Direitos Políticos e Garantias Individuais. No entanto, se verifica que os avanços normativos propostos nos anteprojetos das Subcomissões não permaneceram no texto final da Constituição. Na Subcomissão da Nacionalidade, Soberania e das Relações Internacionais se chegou a redigir artigo que previa expressamente que o direito internacional dos direitos humanos fazia parte do direito interno, no entanto, no anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher esse artigo foi retirado. A falta de debate dificulta identificar quais foram as razões que levaram os constituintes à escolha política de retirar essa cláusula do texto constitucional.

Na ANC de 1987 os constituintes brasileiros utilizaram os tratados internacionais como fundamentos para defender a inclusão de direitos neles já previstos na própria Constituição, como o direito à moradia, a proteção ao consumidor e o direito das crianças e dos adolescentes. Os fundamentos favoráveis à internalização do direito internacional dos direitos humanos por meio de cláusula de materialidade aberta foram de que isso contribuiria para a projetar internacionalmente a conquista interna de retorno para a democracia ao mesmo tempo em que essa incorporação do direito internacional dos direitos humanos seria um avanço para a proteção dos direitos humanos no país como um avanço na consolidação da democracia após a ditadura.

Já a inclusão do §3º no artigo 5º da Constituição – que dispôs novamente sobre a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos, contudo com previsão da hierarquia assumida por eles internamente – foi quase uma “causalidade”, porque se legislou sobre a internalização e hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos em um Projeto de Emenda Constitucional que tinha como pauta a Reforma do Poder Judiciário e não contava com essa previsão no seu projeto original.

Essa “causalidade” na verdade ocorreu em razão do momento histórico em que a tramitação da EC 45/2004 ocorreu. Ou seja, quando aconteceu a Reforma do Poder Judiciário influenciou em como ela aconteceu, nos resultados da EC 45/2004. Vale lembrar que foi uma PEC proposta em 1992, antes da Reforma Constitucional de 1994 ocorrer na Argentina. No entanto, a tramitação se prolongou por mais de uma década e em 1999 - após a Reforma Constitucional da Argentina com a inclusão da previsão de internalização do direito internacional dos direitos humanos

com hierarquia constitucional na redação do inciso 22 do Artigo 75 – foi a sugestão em audiência pública do então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, de que a Constituição trouxesse em seu texto a previsão de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, inspirado na Reforma Constitucional da Argentina de 1994, que levou a inclusão desse debate em uma PEC sobre a Reforma do Poder Judiciário. Se a tramitação da PEC 96/1992 tivesse sido concluída antes da Reforma de 1994 na Argentina, talvez não teríamos hoje o §3º do artigo 5º na Constituição do Brasil.

Na Argentina a *Convención Nacional Constituyente* de 1994 foi organizada de forma a ter uma Comissão específica para tratar sobre os tratados internacionais. O debate realizado no âmbito da *Comisión de Integración y Tratados Internacionales* sobre a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos teve origem em manifestações dos *próprios convecionales constituyentes* que trouxeram para a pauta o posicionamento da CSJN pela atribuição de status constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos aplicados em suas decisões. A partir disso, seguiu-se o debate sobre a possibilidade formal de incluir essa previsão na Constituição e sobre o significado material dessa inclusão.

Entre os fundamentos favoráveis à atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos estava também a relação entre o binômio democracia e direitos humanos – de que os direitos humanos só são passíveis de reconhecimento e efetividade em uma democracia e de que uma democracia precisa garantir os direitos humanos entre o os demais fatores que qualificam um regime como democrático - ao trazerem a memória das violações aos direitos humanos cometidas pelo estado durante a ditadura e a necessidade de prevenir e de se ter mecanismos pra evitar que no futuro esses crimes ocorram novamente, dentro da lógica do debate do “*nunca más*”.

O debate na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 sobre a internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos foi muito fraco quando comparado com o debate realizado no âmbito da *Convención Nacional Constituyente* da Argentina de 1994 sobre este tema. Um dos fatores que pode ajudar a compreender essa diferença no debate é que no Brasil a ANC de 1987 era integrada por muitos parlamentares de partidos decorrentes da extinção da Arena,

partido de apoio à ditadura brasileira, ou de partidos que não realizaram oposição à ditadura. Enquanto que na Argentina os partidos que firmaram o *Pacto de Los Olivos* tinham se posicionado abertamente contra a ditadura no país. Se nota, portanto, que a postura favorável a atribuição de hierarquia constitucional ao direito internacional dos direitos humanos na *Convención Nacional Constituyente* da Argentina de 1994 é resultado do processo transicional por ruptura e da agenda de responsabilização das Juntas Militares e de busca pela verdade do primeiro governo democrático pós ditadura.

Outro fator que contribuiu para o debate ser mais amplo na Argentina do que no Brasil foi o fato de existir uma comissão específica para tratar do tema da hierarquia dos tratados internacionais na Argentina, enquanto que no Brasil a internalização do direito internacional dos direitos humanos com equivalência de Emenda Constitucional se deu em maio à uma Reforma do Poder Judiciário, sendo um tema que sequer fazia parte do projeto inicial da reforma e perdeu espaço para outros temas relacionados ao poder judiciário que era o foco daquela reforma. Um terceiro fator que diferencia a reforma constitucional na Argentina e a do Brasil é que na Argentina a reforma se deu por meio de um Poder Constituinte Reformado Exclusivo enquanto que no Brasil se deu por um Poder Constituinte Derivado que não era exclusivo, ou seja, pelo Congresso Nacional no exercício do Poder Constituinte Derivado.

Cumpram-se também a diferença entre os argumentos contrários à internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos com hierarquia constitucional. Enquanto no Brasil os parlamentares arguíam o tema de um tratado internacional alterar ou abolir a Constituição ou a impossibilidade do direito internacional integrar o direito interno, na Argentina o argumento mais forte contra a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos era de ordem técnica, sob o fundamento de que a Lei nº 24.309 de 1993 que previu e organizou a reforma constitucional não autorizava a atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, ou de que a incorporação desses tratados já estava contemplada na redação do artigo 33 que trazia a cláusula de materialidade aberta.

Quanto a interpretação das cláusulas de internalização do direito internacional dos direitos humanos pelas Cortes Constitucionais, foi possível verificar diferenças

na atuação da *CSJN* e do STF na aplicação do direito internacional dos direitos humanos em suas decisões, tanto antes das reformas constitucionais como depois das alterações trazidas pelas reformas em cada caso. A primeira diferença é quantitativa, ao se analisar a recorrência de resultados de decisões sobre o tema no STF e na *CSJN*: no STF temos 01 decisão apenas antes da EC nº 45/2004 enquanto que na *CSJN* foram 91 decisões antes da Reforma Constitucional de 1994; já após as reformas temos 37 decisões no STF e 127 decisões na *CSJN*.

O alto número de resultados de decisões sobre o tema antes da inclusão do inciso 22 do artigo 75 na Constituição da Argentina na reforma de 1994, somada a análise do *Fallo* 315:1492 de 07 de julho de 1992, demonstra que a *CSJN* já aplicava o direito internacional dos direitos humanos com fundamento na cláusula de materialidade aberta que já existia na Constituição de 1893 antes da última reforma. Como visto na análise dos debates da *Convención Constituyente* o posicionamento da *CSJN* quanto à atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos foi um dos fatores que levou à inclusão dessa previsão na Constituição por meio da reforma de 1994. Após a inclusão da previsão expressa de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição da Argentina a *CSJN* passou a aplicar em suas decisões os tratados internacionais sobre direitos humanos com fundamento no novo artigo, e sem controvérsias interpretativas sobre o tema.

Já no Brasil, apesar de os legisladores terem copiado o modelo da Argentina de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos na EC 45/2004, esta cópia foi pela metade o que permitiu uma interpretação diferente por parte do STF quanto a que tratados internacionais possuem de fato a hierarquia constitucional. Assim, no julgamento que fixou a tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do §2º do artigo 5º, o STF restringiu a possibilidade de atribuição de status constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil. De outro lado, verifica-se que a *CSJN* teve protagonismo no movimento que levou à atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos na Argentina, com a consideração do seu posicionamento jurisprudencial pelos *convencionales*.

É interessante observar que se as decisões políticas tomadas durante o processo de transição política para a democracia após as ditaduras no Brasil e na Argentina influenciaram a forma como posteriormente o direito internacional dos direitos humanos foi internalizado em cada um desses países, na Argentina há quem reconheça que foi justamente a reforma constitucional de 1994, com a inclusão da internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos com status constitucional, foi o que permitiu a retomada do julgamento dos militares apenas das anistias e dos indultos que anteriormente haviam sido concedidos nacionalmente, com fundamento na previsão internacional de crimes de lesa humanidade e de genocídio (ARGENTINA, 2019).

O resultado final dos processos constituintes e de reforma constituinte produz efeitos até hoje, e seguirá produzindo até a norma – ou sua interpretação – seja alterada. A história recente infelizmente mostra que apesar da previsão normativa de internalização dos tratados internacionais sobre direitos humanos e da preocupação com a maior proteção e efetividade desses direitos no âmbito interno quanto da elaboração da norma, a efetividade dos direitos humanos segue sendo um desafio atual na realidade do dia a dia.

A forma como o Governo Federal do Brasil conduziu as políticas públicas de saúde durante a pandemia da covid-19 que iniciou em março de 2020 e segue presente é uma evidente violação dos direitos humanos que nossa Constituição e os tratados internacionais ratificados pelo país asseguram. Foi uma violação do direito humano mais básico, do direito à vida para os mais de 689 mil brasileiros que morreram em razão desta doença e que poderiam estar vivos se o Presidente tivesse agido em conformidade com as recomendações dos órgãos de saúde nacionais e internacionais. Novamente são os tratados internacionais sobre direitos humanos que aparecem como solução alternativa para buscar a proteção desses direitos: o Presidente Bolsonaro foi denunciado pela prática de genocídio perante o Tribunal Penal Internacional em Haia por mais de uma vez¹³⁶, e perante o Tribunal

¹³⁶ Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-08-09/bolsonaro-e-denunciado-por-genocidio-em-haia-em-processo-guiado-por-advogado-indigena.html> e em <https://www.brasildefato.com.br/2021/10/12/bolsonaro-e-denunciado-pela-6-vez-no-tribunal-penal-internacional-relembre-todas-as-acusacoes>

Permanente dos Povos já foi condenado pela prática de crimes contra a humanidade¹³⁷.

O contexto da pandemia da Covid-19 no Brasil é apenas um exemplo de como a internalização do direito internacional dos direitos humanos à ordem constitucional não basta por si só. A efetividade dos direitos humanos segue sendo uma pauta que exige muitas políticas públicas e longo prazo para que todos tenham esses direitos assegurados. Apesar do desafio que a efetividade dos direitos humanos significa, é justamente a sua previsão na Constituição e nos tratados internacionais incorporados à ordem interna que possibilita o avanço na real garantia desses direitos.

¹³⁷ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2022/09/01/bolsonaro-conhece-hoje-1-sentenca-internacional-versao-preliminar-condena.htm>

FONTES

I. Fontes Bibliográficas

ABRAMS, Philip. **Historical Sociology**. New York, Cornell University, 1982.

ADAMS, Julia; CLEMENS, Elisabeth; ORLOFF, Ann Shola. Introduction: social theory, modernity and the three waves of historical sociology. In: (eds.). **Remaking modernity: politics and processes in historical sociology** – London: Duke University, 2005.

ÁGUILA, Gabriela. O exercício da repressão na Argentina. In: RAMÍREZ, Hernán; FRANCO, Marina (org.). **Ditaduras no Cone Sul da América Latina** [recurso eletrônico]- 1. ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021. recurso digital. ISBN 978-65-5802-031-8 (recurso eletrônico).

ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verónica. **América Latina: la construcción del orden. Tomos I e II: de las sociedades de massa a las sociedades em procesos de reestructuración**. 1ª edição. 1ª reimpressão – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ariel, 2012.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Protección suprenacional de la democracia en suramérica – um estudo sobre el acervo del *ius constitucionale commune***. Universidade Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición, 2015.

ARANTES, Aldo. **A Constituição de 1988 e seu contexto histórico**. In: ARANTES, Aldo (org.) Por que a democracia e a Constituição estão sendo atacadas? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. pp. 31-231. Parte I (pp.31-116).

ARGENTINA. **La reforma constitucional de 1994 fue el resultado de la unión de los argentinos**. 22 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-reforma-constitucional-de-1994-fue-el-resultado-de-la-union-de-los-argentinos> . Acesso em 01 jul. 2022.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Relatório Projeto Brasil: Nunca Mais**. São Paulo, 1985. Disponível em: <http://bnmdigital.mpf.mp.br/pt-br/> . Acesso em 06 jun. 2022.

ARRUDA, Pedro Fassoni. **A transição política no Brasil: da abertura à Constituinte (1974-1988)**. In: Ponto-e-Vírgula. ISSN 1982-4807 – PUC-SP N° 26, segundo semestre de 2019- p. 4-15;

BAGGIO, Roberta Camineiro. **Democracia e autoritarismo: armadilhas do processo constituinte brasileiro**. In: BAGGIO, Roberta Camineiro (org.) O Brasil que queremos ainda cabe na Constituição que temos? Curitiba: Editora UFPR. No prelo.

BANCO MUNDIAL. **Documento Técnico nº 319 – O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para a reforma.** 1ª ed. Washington, 1996. ISSN: 0253-7494.

BANCO MUNDIAL. **Relatório nº 32789-BR – Fazendo com que a Justiça conte – Medindo e Aprimorando o Desempenho do Judiciário no Brasil.** Disponível em: <https://www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf>.

BANDEIRA, Regina Maria Groba. **A Emenda Constitucional nº 45, de 2004: o novo perfil do Poder Judiciário brasileiro.** Brasília, 2005. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1587>. Acesso em 04 abr. 2022.

BAZÁN, Víctor. **La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno em Argentina.** In: Estudios Constitucionales, año 5, nº 2, pp. 137-183, ISSN 0718-0195, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRAUDEL, Fernand. A Longa Duração. In: **História e Ciências Sociais.** 6ª edição. Tradução Rui Nazaré – Lisboa: Editorial Presença, 1990.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1988** –Edições Câmara, Brasília, 2013. – (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/15176> . Acesso em 05 abr. 2022.

CARTA DE SALVADOR. Disponível em: <https://www.pucsp.br/comissaodaverdade/downloads/anistia/carta-de-salvador-deops50z130005005.pdf> . Acesso em: 03 mai. 2022.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaindan de. **Entre o Dever da Toga e o apoio à Farda: Independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar.** In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol, 32, nº 94, junho 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/6V4qXYHGnkmqDpMLmxLMgPL/?format=pdf&lang=pt> . Acesso em 22 mar.2022.

CHUEIRI, Vera Karam; CAMARA, Heloísa Fernandes. **(Des)ordem Constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil Pós-64.** In: Revista Lua Nova, São Paulo, 95: 259-288, 2015.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório – Volume III – Mortos e Desaparecidos Políticos.** Brasília, 2014. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_3_digital.pdf. Acesso em 06. Jun. 2022.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *El Tribunal*. Disponível em: <https://www.csjn.gov.ar/institucional/eltribunal> . Acesso em 10 mai. 2022.

DÉLOYE, Yves. **Sociologia Histórica do Político**. Trad. Maria Dolores Prades – Bauru, SP: EDUSC, 1999.

DOGAN, Matei; PAHRE, Robert. **Las Nuevas Ciencias Sociales: La marginalidad creadora**. Tradução Argelia Castillo – México D.F.: Editorial Grijalbo, 1993.

DOGAN, Matei; PAHRE, Robert. **Campos híbridos en las ciencias sociales: innovaciones en las intersecciones de las disciplinas**. In: Revista Internacional de Ciencias Sociales, XLI, 3, p. 457-470. Barcelona: UNESCO, setiembre de 1989.

ENGELMANN, Fabiano. **Judiciário e Política na América Latina: elementos para uma análise histórico-política de Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Venezuela**. In: Sociologia Política das Instituições Judiciais. p. 197-220.

FARIA, Elaine Marinho. **Os efeitos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos**. 2008, 79 f. Monografia [especialização] – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento [Cefor], da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo, Brasília, 2008.

FERNANDES, Florestan. **Constituição como Projeto Político**. In: Revista Tempo Social, v. 1, n. 1, São Paulo, 1989. pp. 47-56.

FRANCO, Marina. **A título de conclusão: a história das ditaduras recentes do Cone Sul como desafio epistemológico**. In: Ditaduras no Cone Sul da América Latina. FRANCO, Maria; RAMÍREZ, Hernán (Org.) 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

GALLO, Carlos Artur. **A história no banco dos réus Leis de impunidade, memória da repressão política e as decisões da Suprema Corte na Argentina e no Brasil**. Tese de doutorado. Programa de Pós -Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

GIORDANO, Verónica. **Ciudadanas incapaces: la construcción de los derechos civiles de las mujeres en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay en el siglo XX**. – 1ª ed. – Buenos Aires: Teseo, 2012.

GIORDANO, Verónica. **Alegato a favor de una sociología histórica comparativa de América Latina**. In: Trabajo y Sociedad, Nº 17, Universidad de Santiago del Estero, pp. 41-48, 2011.

HAGOPIAN, F. and MAINWARING, S. (Eds.), **The Thrid Wave of Democratization in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press.

HUNTINGTON, Samuel. **The Third Wave: democratization in the late twentieth century**. Oklaroma: University of Oklahoma Press, 1991.

JAKOBY, Marcos André. **A campanha da Legalidade de 1961 e o papel da resistência democrática.** In: XXVII Simpósio Nacional de História. 2013. Disponível em:

http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1364948648_ARQUIVO_ArtigoparaSNH2013-

[ACampanhadaLegalidadede1961eopapelddaResistenciaDemocratica.pdf](#). Acesso em 05 jun. 2022.

NATALE, Alberto A. **La Reforma Constitucional Argentina de 1994.** In: Cuestiones Constitucionales, enero-junio, número 002. Universidad Nacional Autónoma de México. Pp. 219-237. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/885/88500211.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022.

NIÑO BUITRAGO; NIÑO NOVA; SANTIAGO; PÁEZ ROCHA. **Presidencialismo en América Latina. Los casos de Argentina, Perú, Ecuador y Bolivia.** In: Revista Logos, Ciencia & Tecnología, vol. 8, núm. 1, 2016. Policía Nacional de Colombia, Colombia. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=517752176018>. DOI: <https://doi.org/10.22335/rlct.v8i1.299>. Acesso em 26. jun. 2022.

MACHADO, Patrícia da Costa. **Justiça ou impunidade? O Poder Judiciário e os Crimes de Estado das Ditaduras do Cone Sul (1964-2016).** Tese de Doutorado. UFRGS, 2020.

MACHADO, Patrícia da Costa. **As Supremas Cortes do Brasil e Argentina frente aos crimes de lesa humanidade perpetrados pelas ditaduras.** Dissertação de Mestrado. UFRGS, 2015.

MARANIELLO, Patricio. **El Poder Judicial Federal Argentino – Historia, evolución y perspectiva.** In: RIL Brasília a 55. Nº 218. Abr./jun.2018 p.13-31.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 2º ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEMORIAL DA DEMOCRACIA. **1964-1984-21 anos de resistência e luta.** Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/timeline/21-anos-de-resistencia-e-luta>

MOREIRA ALVES, Maria Helena. **Estado e Oposição no Brasil (1964-1984).** 5ª ed. Editora Vozes, Petrópolis, 1989.

MÉDICI, Alejandro. **Otros Nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo sudamericano.** San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma San Luis Potosí: 2016.

MELLO, Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República).** 4. ed. – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. 36 p.

NINO, Carlos Santiago. **Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos**

humanos?- 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. (Derecho y política // dirigida por Roberto Gargarella y Paola Bergallo). E-Book. Traducción: Martín Böhmer // ISBN 978-987-629-588-8.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional – Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional**. 4ªreimpressão, Editorial Astrea: Buenos Aires-Bogotá, 2013.

NOVARO, Marcos; PALERMO, Vicente. **A ditadura Militar na Argentina 1976-1983. Do golpe de Estado à reestruturação democrática**. EDUSP, 2007.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Carta Democrática Interamericana: documentos e interpretaciones**. Washington, DC, 2003. ISBN 0-8270-4513-1. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/esp/Publicaciones/CartaDemocratica_spa.pdf . Acesso em 05 fev. 2022.

PAGLIARI, Arturo Santiago. **Derecho Internacional y Derecho Interno – El Sistema Constitucional Argentino**. In: ARS BONI ET AEQUI (año 7 nº 2): pp. 17 – 41, 2011.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do Sistema Interamericano**. Revista dos Tribunais | vol. 952/2015 | p. 141 - 164 | Fev / 2015. DTR\2015\760.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ªed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Saraiva, 2010.

SABSAY, Daniel Alberto. **El juicio político a La Corte Suprema en la República Argentina**. In: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Núm.8, 2004.

SADEK, Maria Tereza, org. **Reforma do judiciário** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, 164 p. ISBN: 978-85-7982-033-5. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição**. 02 de novembro de 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-reforma-do-judiciario-e-os-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-observacoes-sobre-o-3-do-art-5-da-constituicao/>. Acesso em 20 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico**. 27 de março de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico> . Acesso em 20 set. 2021.

SKOCPOL, Theda. **Emerging agendas and recurrent strategies in historical sociology**. In: *Vision and method in historical sociology* – Cambridge: Cambridge University, p. 356-391, 1984.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **PEC 96-A/92 “Reforma do Poder Judiciário”**: **Emendas**. 1999a. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/PEC96/article/view/3588/3715>. Acesso em 10 mai. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **PEC 96-A/92 “Reforma do Poder Judiciário”**: **Audiências Públicas**. 1999b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/PEC96/article/view/3587/3713>. Acesso em 10 mai. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **PEC 96-A/92 “Reforma do Poder Judiciário”**: **Relatórios Parciais**. 199c. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/PEC96/article/view/3577/3703>. Acesso em 10 mai. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf. Acesso em 30 jan. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Histórico**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em 30 jan. 2022.

TILLY, Charles. **Grandes estruturas, procesos amplios, comparaciones enormes**. Versión española de Ana Balbás – Madrid: Alianza Editorial S.A., 1991.

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de transição e Estado Constitucional de direito: perspectivas Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro**. Fórum: Belo Horizonte, 2012.

UPRIMINY, Rodrigo. **Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal**. 2005.

VALÉRIO, OTÁVIO L.S. **A Toga e a Farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16082011-164739/publico/OtavioLSValerio_A_toga_e_a_farda_dissertacao_texto_comple.pdf. Acesso em 20 mar.2022.

VENDRUSCOLO, Stephanie. **Pela primeira vez, Justiça condena penalmente repressor da ditadura brasileira e abre precedente histórico**. El País. 21 jun 2021. <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-06-21/pela-primeira-vez-justica-federal-condena-penalmente-repressor-da-ditadura-brasileira-e-abre-precedente-historico.html>. Acesso em 20 jan. 2022.

OLIVEIRA, Mariana. **Golpe de 1964 fez do Supremo um ‘enfeite institucional’, diz pesquisador.** G1. 30 de março de 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/50-anos-do-golpe-militar/noticia/2014/03/golpe-de-1964-fez-do-supremo-um-enfeite-institucional-diz-pesquisador.html> . Acesso em 23 mar. 2022.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **Estudo sobre a reforma da justiça no Brasil e suas contribuições para uma análise geopolítica da justiça na América Latina.** 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/32203>. Acesso em: 18 maio 2019.

ZAVERUCHA, J. FHC, **Forças Armadas e Polícia: Entre o autoritarismo e a democracia.** 1999>2002. Rio de Janeiro: Record, 2005. Capítulo 2: A Constituição Brasileira de 1988 e a permanência de seu legado autoritário, pp. 53-89.

II. Fontes Legislativas

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina (1994).** Disponível em <https://www.congreso.gob.ar/constitucionNacional.php>. Acesso em: 20 jan. 2022.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina (1853).** Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/bundles/senadoparlamentario/pdf/institucional/constitucionNac1853.pdf> Acesso em 15 fev. 2022.

ARGENTINA. **Ley nº 23.492 de 23 de diciembre de 1986.** Dispónese la extinción de acciones penales por presunta participación, en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley Nº 23.049 y por aquellos vinculado a la instauración de formas violentas de acción política. Excepciones. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23492-21864/texto> . Acesso em 05 jul. 2022.

ARGENTINA. **Ley nº 23. 512 de 4 de junio de 1987.** Obediencia debida. Se fijan límites. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23521-21746/texto> . Acesso em 05 jul. 2022.

ARGENTINA. Poder Ejecutivo. **Decreto 222/2003 de 20.06.003.** Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-222-2003-86247/actualizacion> . Acesso em 10 mai. 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais.** Brasília, 1987a. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/1c_Subcomissao_Da_Nacionalidade_Dos_Direitos_Politicos_.pdf . Acesso em 22 set. 2021.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais.** Brasília, 1987b Disponível em:

[http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/1a_Subcomissao_Da_Nacionalidade, Da Soberania E Das Relacoes Internacionais.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/1a_Subcomissao_Da_Nacionalidade,_Da_Soberania_E_Das_Relacoes_Internacionais.pdf) . Acesso em 22 set. 2021.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Brasília, 1987c. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/1_Comissao_Da_Soberania E Dos Direitos E Garantias Do Homem E Da Mulher.pdf](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/1_Comissao_Da_Soberania_E_Dos_Direitos_E_Garantias_Do_Homem_E_Da_Mulher.pdf) . Acesso em 22 set. 2021.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. Brasília, junho de 1987d. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-69.pdf> . Acesso em: 02 abr. 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Comissão de Sistematização**. Brasília, 1987e. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/sistema.pdf> . Acesso em 22 set. 2021.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Anteprojeto da Comissão de Sistematização**. Brasília, Junho de 1987f. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf> .Acesso em 02 abr. 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização**. Brasília, julho de 1987g. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-226.pdf> . Acesso em 03 de abril de 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Emendas de Plenário - Volume III (Emendas 14.136 a 20.791) da Comissão de Sistematização**. Brasília, agosto de 1987h. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-229.pdf> .Acesso em: 03 abr. 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Parecer sobre as Emendas oferecidas em Plenário ao Projeto de Constituição**. Brasília, agosto de 1987i. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-234.pdf> . Acesso em 03 abr. 2022

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Primeiro Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização**. Brasília, agosto de 1987j. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf> . Acesso em 03 abr. 2022

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Segundo Substitutivo do Relator da Comissão de Sistematização**. Brasília, setembro de 1987k. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-242.pdf> . Acesso em 03 abr. 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização. Novembro de 1987**. Brasília, novembro de 1987l. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-251.pdf> . Acesso em 03 de abril de 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Projeto de Constituição (B) da Comissão de Sistematização**. Brasília, julho de 1988.a Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-299-sup01.pdf> . Acesso em 03 de abril de 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Projeto de Constituição (C) – Redação Final da Comissão de Sistematização**. Setembro de 1988b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-314.pdf> . Acesso em 03 de abril de 2022.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Comissão de Redação**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>. Brasília, 1988c. Acesso em 22 set. 2021.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Projeto de Constituição (D) – Redação Final. Comissão de Redação**. Brasília, setembro de 1988d. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-316.pdf> Acesso em 02 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 jan. 2022.

BRASIL. Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. **Anteprojeto Constitucional**. Brasília, setembro de 1986. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf> . Acesso em 22 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.339, de 1º de julho de 1976**. Dá nova redação ao artigo 250 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, alterado pelo artigo 50, da Lei número 4.961, de 4 de maio de 1966, e ao artigo 118 da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971. Diário Oficial da União, Poder Executivo, DF, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6339.htm . Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da

revolução Vitoriosa. Diário Oficial da União, Poder Executivo, DF, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm . Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965.** Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.** São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969.** Brasília, DF, Presidente da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-06-69.htm . Acesso em 20 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 agosto de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm. Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, DF, 2004 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em 22 fev. 2022.

BRASIL. **Atos decorrentes do disposto no §3º, do art. 5º da Constituição.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/quadro_DEC.htm . Acesso em 15 mar. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados, ano LIV, Suplemento ao nº 209, 14 de dezembro de 1999, Brasília, DF.** Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14DEZ1999SUP.pdf> . Acesso em 21 jun. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Regimento interno da Câmara dos Deputados** [recurso eletrônico]: aprovado pela Resolução n. 17 de 1989 e alterado até a Resolução n. 27, de 2018. – 19. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018. – (Série legislação; n. 281 e-book) ISBN 978-85-402-0710-3

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados, ano LV, nº 103, 8 de junho de 2000, Brasília, DF.** Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD08JUN2000.pdf#page=199> . Acesso em 21 mai. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados, ano LV, nº 010, 20 de janeiro de 2000, Brasília, DF.** Proposta de Emenda à Constituição 96 de 1992. Comissão Especial. Substitutivo da Relatora Zulaiê Cobra. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD20JAN2000.pdf#page=149>. Acesso em 20 mai. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados, ano LIV, suplemento ao nº 209, 14 de dezembro de 1999, Brasília, DF.** Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0019991214SA2090000.PDF#page=244> . Acesso em 20 mai. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados, ano LIV, nº 056, 31 de março de 1999, Brasília, DF** <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD31MAR1999.pdf#page=> . Acesso em 20 mai. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição 368 de 1996.** Atribui competência à Justiça Federal pra julgar os crimes praticados contra Direitos Humanos. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15JUN1996.pdf#page=71> . Acesso em 16 mai. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição 96 de 1992 – Inteiro teor.** 1992a Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01MAI1992.pdf#page=7>. Acesso em 04 abr. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição 96 de 1992.** Tramitação. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373> Acesso em 10 mai. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição 96 de 1992. Dossiê Digitalizado.** Disponível mediante solicitação no portal da Câmara dos Deputados: <http://www2.camara.leg.br/participe/fale-conosco> . Acesso em 09 jun. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados. Ano LV, nº 20, 03 de fevereiro de 2000, Brasília, DF.** Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03FEV2000.pdf#page=200> . Acesso em: 15 jun. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados. Ano LV, nº 14, 26 de janeiro de 2000, Brasília, DF.** Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26JAN2000.pdf#page=352> . Acesso em: 15 jun. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário da Câmara dos Deputados. Ano LV, nº 062, 06 de abril de 2000, Brasília, DF.** Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06ABR2000.pdf#page=147>. Acesso em: 15 jun. 2022.

SENADO FEDERAL. **Atividade legislativa. Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2000.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/44577>. Acesso em 13 jan. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação (DETAQ). Comissão Especial PEC 96-A/1999. Sessão 0973/99 de 29.09.1999.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&tpReuniaoEvento=Reuni%C3%A3o%20Ordin%C3%A1ria&dtReuniao=29/09/1999&hrInicio=&hrFim=&origemDiscurso=&nmLocal=&nuSessao=0973/99&nuQuarto=0&nuOrador=0&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=&sgFaseSessao=&Data=29/09/1999&txApelido=&txFaseSessao=&txTipoSessao=Especial%20-%20PEC&dtHoraQuarto=&txEtapa=>. Acesso em 22 de mai. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação (DETAQ). Comissão Especial PEC 96-A/1999. Sessão 0255/99 de 05.05.1999.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=11&tpReuniaoEvento=AP%20c/%20Convidado&dtReuniao=05/05/1999&hrInicio=&hrFim=&origemDiscurso=&nmLocal=&nuSessao=0255/99&nuQuarto=0&nuOrador=0&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=&sgFaseSessao=&Data=05/05/1999&txApelido=&txFaseSessao=&txTipoSessao=Especial%20-%20PEC&dtHoraQuarto=&txEtapa=>. Acesso em 22 mai. 2022.

SENADO DE LA NACIÓN ARGENTINA. **Reforma Constitucional de 1994.** Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/inicio/Institucional>. Acesso em 15 jan. 2022.

SENADO DE LA NACIÓN ARGENTINA. **Ley nº 24.309 de 29 de diciembre de 1993.** Constitución Nacional - Declaración de la necesidad de su reforma. Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/bundles/senadoparlamentario/pdf/institucional/Ley24309.pdf> Acesso em 15 jan. 2022.

SENADO DE LA NACIÓN ARGENTINA. **Ley nº 24.430 de 15 de diciembre de 1994.** Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/bundles/senadoparlamentario/pdf/institucional/Ley24430.pdf>. Acesso em 15 jan. 2022.

CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. **Reglamento**. 1994a. Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/bundles/senadoparlamentario/pdf/institucional/reglamento.pdf>. Acesso em 15. Jan. 2022.

CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión de Tratados Internacionales. **Debate de 28 de Junio de 1994.b** Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarComDebate/56/> . Acesso em: 15 jan. 2022.

CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión de Tratados Internacionales. **Debate de 05 de Julio de 1994c.** Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarComDebate/57/> . Acesso em: 15 jan. 2022.

CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión de Tratados Internacionales. **Dictamen de Comision nº 7 de 13 de julio de 1994d.** Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarDespachoExp/1471/7> . Acesso em 01 jul. 2022.

CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión de Tratados Internacionales. **Dictamen de Comision nº 11 de 13 de julio de 1994e.** Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarDespachoExp/1471/11> . Acesso em 01 jul. 2022

CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión de Redaccion. **Debate de 27 de julio de 1994f.** Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarComDebate/4/> . Acesso em 01 jul. 2022.

CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. Comisión de Redaccion. **Orden del día nº 7 de 27 de julio de 1994g.** Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarOrden/7/DE%20T%C> . Acesso em 01 jul. 2022.

CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. **3º Sesión Ordinaria (Continuación), 2 de agosto de 1994h.** Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarDiario/24> . Acesso em 15 jan. 2022.

CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. **3º Sesión Ordinaria (Continuación), 3 de agosto de 1994i.** Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarDiario/25> . Acesso em 15 jan. 2022.

CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE. **3ª Sesión Ordinaria (Continuación)**

19 de agosto de 1994j. Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarDiario/39>. Acesso em 01 jul. 2022.

CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE. La Convencional Nacional Constituyente Sanciona – Artículo 67 de la Constitución Nacional. 03 de agosto de 1994k. Disponível em: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarResolucion/8/>. Acesso em 01 jul. 2022.

SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal, ano LIX, nº 203, quinta-feira, 9 de dezembro de 2004, Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=1211&paginaInicial=&paginaFinal=>. Acesso em 21 jun. 2022.

SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal, ano LVII, nº 131, quarta-feira, 13 de novembro de 2002, Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1494?sequencia=41>. Acesso em 21 jun. 2022.

SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal, ano LVII, nº 76, 11 de junho de 2002, Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/20831?sequencia=14>. Acesso em 21 jun. 2022.

SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal, ano LIX, nº 114, quinta-feira, 8 de julho de 2004, Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/999?sequencia=69>. Acesso em 23 jun. 2022.

SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal, ano LIX, nº 188, quinta-feira, 18 de novembro de 2004, Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1164?sequencia=155>. Acesso em 23 jun. 2022.

CONGRESSO NACIONAL. Diário do Congresso Nacional, ano LIX, nº 018, quinta-feira, 9 de dezembro de 2004, Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1683?sequencia=12>. Acesso em 23 jun. 2022.

SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal, ano LIX, nº 072, sábado, 08 de maio de 2004, Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/822?sequencia=47>. Acesso em 23 jun. 2022.

SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal, ano LIX, nº 203, quinta-feira, 9 de dezembro de 2004, Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1211?sequencia=150>. Acesso em 23 jun. 2022

SENADO FEDERAL. Ata da 6ª Reunião Ordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, da 2ª Sessão Legislativa Ordinária, da 52ª Legislatura, realizada em 24 de março de 2004, Quarta-feira, às 10 horas, em 31 de março de 2004, Quarta-feira, às 10 horas e em 6 de abril de 2004, Terça-feira, às 11

horas. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/pesquisaAnteriorA2012?siglaComissao=CCJ&dataReuniaolni=2003-02-19&dataReuniaoFim=2004-12-08&page=4>. Acesso em 25 jun. 2022.

III. Fontes Jurisprudenciais

ARGENTINA. **Corte Suprema de Justicia de la Nación. Secretaria de jurisprudencia.** Disponível em: <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/>. Acesso em 11 jan 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> Acesso em 11 jan. 2022.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Fallo 315:1492 de 07 de junio de 1992.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Fallo 343:1704 de 19 de noviembre de 2020.** Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7624431&numeroPagina=1> . Acesso em 01 jul. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.** Recorrente: Banco Bradesco S/A; Recorrido: Luciano Cardoso Santos; Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em 20 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 81.319/GO.** Paciente: Nilo Lottici Júnior; Coator: Relator do RE nº 299401; Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 24 de abril de 2002.